

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO PROMOÇÃO DE MICRO- JUSTIÇA:**  
uma análise da visão ampliativa do direito à dignidade da pessoa humana e suas  
consequências para a concretização do direito à saúde

**RAFAELLA SILVEIRA CAMPOS**

**Rio de Janeiro**  
**2017/ 2º SEMESTRE**

**RAFAELLA SILVEIRA CAMPOS**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO PROMOÇÃO DE MICRO- JUSTIÇA:**

**uma análise da visão ampliativa do direito à dignidade da pessoa humana e suas  
consequências para a concretização do direito à saúde**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Carlos Bolonha**.

**Rio de Janeiro**

**2017/2º SEMESTRE**

## CIP - Catalogação na Publicação

S186 j      Silveira Campos, Rafaella  
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO PROMOÇÃO DE MICRO-  
JUSTIÇA: uma análise da visão ampliativa do direito  
à dignidade da pessoa humana e suas consequências  
para a concretização do direito à saúde / Rafaella  
Silveira Campos. -- Rio de Janeiro, 2017.  
97 f.

Orientador: Carlos Bolonha.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Judicialização . 2. Direito à saúde. 3. Reserva  
do possível. 4. Dignidade da pessoa humana. 5.  
Desjudicialização. I. Bolonha, Carlos, orient. II.  
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

**RAFAELLA SILVEIRA CAMPOS**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO PROMOÇÃO DE MICRO- JUSTIÇA:  
uma análise da visão ampliativa do direito à dignidade da pessoa humana e suas  
consequências para a concretização do direito à saúdes**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professor Carlos Bolonha**

Data de Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Carlos Bolonha  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

---

Membro da Banca  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

---

Membro da Banca  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

**Rio de Janeiro**  
**2017/2º SEMESTRE**

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, pela sugestão do tema, que em muito me acrescentou e fez com que eu tivesse ainda mais certeza do caminho que quero trilhar.

À minha mãe Ana, por ter me ajudado durante todo o processo de construção desta monografia, com suas correções, leituras, conselhos e tempo que disponibilizou, sem a qual esta definitivamente não estaria pronta. Pelo exemplo de pessoa e profissional que é, sempre mostrando que através de honestidade e perseverança no trabalho tudo se alcança, e, ainda, que é possível um equilíbrio entre o trabalho e o divertimento. Além de tudo isso, agradeço ao carinho, amizade, amor incondicional, ombro amigo, broncas, que me fizeram ser quem sou.

Ao meu pai, Cesar, agradeço, igualmente, pelo amor, carinho e conselhos durante toda a minha vida. Por sempre mostrar a importância da família e por incentivar, de forma imensurável, meu crescimento pessoal e profissional.

À minha irmã Camila por ser a melhor amiga/irmã que se pode ter. Por ser sempre meu ombro amigo, meu porto seguro e meu escape, com quem posso ser verdadeiramente eu, sem qualquer julgamento. Com quem dividi os melhores e piores momentos da vida, sempre da forma mais leve possível. A quem recorro infinitamente para conselhos e em quem tenho a mais pura confiança, sabendo que está comigo independente do que aconteça. Com quem não só tenho a imensa felicidade de dividir esta conquista, mas também a quem muito devo.

À minha avó Léa, por todo o carinho, cuidado, incentivo e por sempre tentar me mostrar o lado bom dos acontecimentos.

Aos meus avós Celso, Gertrudes e Ricardo (*in memoriam*), que tenho certeza de que estarão presentes em todos os momentos da minha vida, pelas lições de vida e pelas boas lembranças que as saudades nunca deixarão desaparecer.

Ao meu amigo e mestre durante este trabalho, Fernando Oliveira, pelos conselhos, tempo disponível, revisões, dicas, bibliografia, dedicados a este trabalho.

Pela amizade, apoio e carinho sempre demonstrados, sendo, ainda, um exemplo de pessoa e profissional, em quem me espelho. Sem ele este trabalho definitivamente não estaria pronto e meu enriquecimento acadêmico jamais seria o mesmo.

Ao meu amigo Lucas, com quem venho aprendendo muito sobre o direito material, se mostrando sempre um exemplo de pessoa. Agradeço à ajuda, não só nesta monografia, mas durante toda a faculdade, com seus esclarecimentos, conselhos, ombro amigo, carinho e paciência, sem os quais meu sucesso não seria o mesmo.

À minha amiga Paola, por ter dividido todo esse processo comigo, tornando-o mais leve e me fazendo sempre acreditar que seria capaz de conquistar todos os objetivos que a vida de estudante de direito me impôs. Um agradecimento especial pelos conselhos, desabafos e apoio, me dando forças para chegar até aqui. Certamente uma amiga inesperada que a vida agradavelmente me deu a oportunidade de conhecer.

Aos amigos que a Faculdade Nacional de Direito me proporcionou (Amanda, Ana Letícia, Anna Luiza, Fernanda, Marianna, Monique, Thaís, e tantos outros que não será possível serem citados) por todos apoios, companheirismo e momentos que dividimos, fazendo dessa graduação uma experiência inesquecível.

Ao meu namorado Carlos, pelo apoio, sempre me incentivando e acreditando no meu sucesso. Por tornar esse ano mais leve com todo seu amor, carinho, companheirismo e ombro amigo, sempre demonstrados. Por me proporcionar a alegria de poder dividir esta conquista ao seu lado, tornando-a ainda mais especial. Por despertar uma versão melhor de mim mesma, que vê o lado mais simples e positivo da vida, me fazendo entender que nem toda conquista precisa ser alcançada de forma árdua para se ter valor.

A toda minha família pelo afeto sempre demonstrado, entendendo a minha ausência nesse momento e nunca deixando de me apoiar.

## RESUMO

A presente monografia pretende analisar a atuação do poder judiciário diante da questão da saúde e sua positivação. Assim, será feito um panorama histórico para melhor compreensão desse fenômeno e do movimento neoconstitucionalista. Posteriormente, será feita uma análise da base interpretativa do poder judiciário, identificando que esse concede o direito à saúde de forma ampliativa, com respaldo na dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, evidenciando, suas consequências orçamentárias e institucionais. Por fim, será feita uma análise jurisprudencial da questão, bem como serão propostas tentativas de dirimir a atuação exacerbada do judiciário.

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo; direito à saúde; judicialização; políticas públicas.

## **ABSTRACT**

This monograph intends to analyze the performance of the judiciary before the issue of health and its positivization. Thus, a historical overview will be made for a better understanding of the phenomenon and the neoconstitutionalist movement. Subsequently, an analysis of the judicial proceedings will be done, in order to understand how the right to health has been granted, in an amplifying way, built on an interpretation of the constitution based on the dignity of the human being and a minimum existential, therefore, highlighting its budgetary and institutional consequences. Finally, a jurisprudential analysis of the issue will be done, as well as an attempt to reduce an exacerbated action of the judiciary.

**Key-words:** neoconstitutionalist movement; right to health; judicialization; public policy.





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1. A SAÚDE E SUAS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO .....</b>	<b>12</b>
1.1 - O histórico da Constituição .....	12
1.2 - O neoconstitucionalismo .....	15
1.3 - Do direito fundamental à saúde e sua positivação no ordenamento jurídico .....	17
1.4 - Do protagonismo do judiciário.....	21
<b>2. A JUDICIALIZAÇÃO .....</b>	<b>25</b>
2.1 - Judicialização no Brasil .....	25
2.2 - Os processos judiciais e a saúde no Brasil .....	28
2.2.1 - A atuação do poder judiciário brasileiro: teoria da efetividade e saúde.....	30
2.2.1.1 - O princípio da efetividade .....	30
2.2.1.2 - O princípio da efetividade e a Saúde .....	33
2.2.2 - A atuação do poder judiciário brasileiro: integralidade e universalidade da Saúde .....	38
2.3 - O problema da Judicialização da Saúde no Brasil .....	43
2.3.1 - A judicialização da saúde sob o viés econômico e o impacto das políticas públicas.....	44
2.3.2 - O problema das tutelas de urgência de saúde, a teoria da escolha trágica e a visão unilateral do judiciário .....	56
<b>3. A TENTATIVA DE REVERTER A JUDICIALIZAÇÃO .....</b>	<b>61</b>
3.1 - A atuação do poder do executivo como tentativa de frear a judicialização epidêmica .....	61
3.2 - A criação de parâmetro à atuação judiciária .....	64
3.2.1 - Parâmetros e jurisprudências para as novas decisões judiciais.....	66
3.3 - Concretização do direito à saúde através de políticas públicas .....	76
3.4 - A desjudicialização da saúde e formas extrajudiciais de resolução do conflito .....	78
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>89</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar a questão da judicialização da saúde, bem como suas causas, consequências, e por fim, uma tentativa de diminuí-la. A judicialização significa que questões de repercussão político-social estão sendo solucionadas pelo poder judiciário, de forma final. A judicialização não é algo exclusivo do Brasil. Na maior parte dos países ocidentais, após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo. A esse fenômeno são atribuídas diversas causas, sendo a principal, no caso brasileiro, a promulgação da Constituição de 1988.

No Brasil, esse avanço do constitucionalismo foi favorecido em razão da Constituição de 1988, que positivou direitos sociais e fundamentais, dando força normativa e aplicabilidade imediata a esses, atribuindo ao Estado um papel de garantidor desses direitos. Ademais, a emancipação da Constituição, bem como o ganho de força normativa de seus dispositivos, em muito, se deu em razão da Teoria da Efetividade. Além disso, há uma íntima relação entre a judicialização e o movimento neoconstitucional, que será abordado neste trabalho.

A judicialização da saúde é atribuída, além de à redemocratização com o advento da Constituição de 1988, à utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como base interpretativa para os dispositivos constitucionais, como o artigo 6º que dispõe sobre a saúde. Com efeito, pensamentos neoconstitucionais e a teoria da efetividade têm auxiliado a difundir um pensamento de que a constituição Federal deve ser aplicada integralmente no âmbito dos direitos fundamentais.

Com isso, questões cada vez mais complexas e polêmicas são dirigidas a esse poder, gerando a judicialização. Até meados da década de 1990, predominava a percepção de que a atuação judiciária deveria restringir-se a aplicar as normas produzidas em função típica pelo legislativo. Posteriormente, vive-se um movimento Neoconstitucional, pautado na ideia de Constitucionalização do Direito. Aqui, há um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se

irradia por todo o sistema jurídico, influenciando a interpretação do direito infraconstitucional. Assim, surge um momento de força normativa da Constituição, que alinhado à doutrina brasileira da efetividade “cria” o Constitucionalismo contemporâneo. Nesse, os dispositivos constitucionais deixaram de ser vistos como meros componentes de uma carta política, ganhando normatividade, o que culminou na aplicação direta e imediata desses dispositivos pelo judiciário.

Concomitantemente, verificou-se que o processo de redemocratização promoveu uma maior projeção do Poder Judiciário que foi ganhando destaque e confiança da população. Simultânea e inversamente, o Legislativo e Executivo tiveram suas imagens associadas a de órgãos sem representatividade popular e tão pouco de garantidores dos direitos fundamentais. Assim, diante de questões precárias de assegurar o direito fundamental à saúde, através das políticas públicas existentes, e da possibilidade do Judiciário de condenar a Administração à tutela da prestação de direitos sociais, ocorre a judicialização.

O problema que se aborda neste trabalho não é a judicialização em si como representação de um direito ao acesso à justiça e uma tentativa de efetivação das políticas existentes, mas, sim, de uma ação judiciária, que pautada em uma interpretação ampliativa do direito à saúde, sob o viés da dignidade da pessoa humana, concede todo e qualquer insumo de saúde. Promovendo uma micro-justiça em detrimento de uma macro-justiça, objetivo maior das políticas públicas.

Ademais, será feito neste trabalho uma análise histórica do direito Constitucional e o que levou a esse pensamento que embasa as decisões ampliativas. Criticar-se-á a atuação judiciária, que vem sendo feita de forma indiscriminada, gerando gastos que não são compatíveis com o orçamento disponível à Administração pública para o custeio do direito à saúde. Mostrar-se-á, então, as consequências dessa atuação.

Por fim, serão sugeridas alternativas e formas mais eficazes de solução das demandas do direito à saúde, visando uma resolução desse conflito por vias extrajudiciais e, ainda, incentivando o diálogo institucional como meio cada vez mais eficaz de diminuição da judicialização de prolação de decisões mais justas.

## **1. A SAÚDE E SUAS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO**

Para entendermos melhor como chegamos a essa efetiva atuação do Poder Judiciário em questões relacionadas aos direitos sociais, como o da saúde, é preciso deixar evidente questões relacionadas às formas de interpretação que o judiciário dá à saúde e aos dispositivos constitucionais. Para isso, faz-se necessário olhar para a Constituição brasileira a partir de sua historicidade, e para as implicações do movimento neoconstitucional, seguido do entendimento da positivação do direito fundamental à saúde no ordenamento pátrio e o protagonismo do judiciário nesse contexto.

De uma maneira geral, a Constituição brasileira tem sua base nos modelos constitucionais europeu e americano e irá se consolidar à sua própria maneira a partir de movimentos em prol de sua aplicabilidade, dentre eles o neoconstitucionalismo. Desse modo, antes de entrar na questão da saúde em si, traz-se à luz seu panorama histórico, como proposto abaixo.

### **1.1 - O histórico da Constituição**

O processo de redemocratização brasileiro, que teve início entre as décadas de 1970 e 80, adotou um modelo constitucional muito influenciado pelas constituições europeias e americana. Podemos dizer que, ao longo dos anos, desenvolveram-se três modelos institucionais diversos: (i) o Estado pré-moderno, marcado pela pluralidade de fontes, pela forte presença da doutrina e da jurisprudência como fontes criativas do direito; (ii) O Estado legislativo de direito, assentando o monopólio estatal sobre a produção jurídica e atribuindo à lei um caráter de expressão da vontade social, passando a jurisprudência a não produzir mais o direito; (iii) O Estado constitucional de direito, tendo por característica primordial a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, sendo esse último o modelo que se observa nos dias atuais no Brasil<sup>1</sup>.

Nesse mesmo contexto de reconstitucionalização e redemocratização, na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra, começou a se consolidar na Europa um

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

modelo de Estado de direito sob o signo das Constituições Normativas; o Estado constitucional<sup>2</sup>.

De qualquer maneira, vale observar que, antes de 1945, vigorava na maior parte do continente um modelo de supremacia do Poder Legislativo, marcado pela soberania do parlamento e pela concepção de lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, no entanto, surge uma nova tendência constitucional inspirada no modelo americano de supremacia da Constituição e de positivação de direitos fundamentais, que ficam imunes aos processos políticos e sob a proteção do judiciário, através do controle de constitucionalidade e da criação de tribunais constitucionais. É esse o modelo que irá se irradiar pelos países europeus a partir de então<sup>3</sup>.

No Brasil, mesmo que de forma tardia, a evolução constitucional não foi diferente. Antes de 1988, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, possuindo as leis, decretos e portarias, maior relevância jurídica do que a própria Constituição<sup>4</sup>. Ademais, nesse antigo cenário, o Poder Judiciário não exercia papel político relevante, pois apresentava pouco grau de independência e inexistente supremacia judicial. Como exemplo, podemos citar a época do império, onde conflitos eram resolvidos pelo imperador e ocasionalmente pelo parlamento<sup>5</sup>.

Na prática, até meados da década de 1990, predominava a percepção de que a atuação judiciária deveria estar restrita a aplicação de normas, que eram produzidas na função típica do legislativo. Nesse modelo convencional de interpretação, as normas eram percebidas como regras, sendo enunciados descritivos de condutas a serem seguidas. Com efeito, aos juízes cabia a identificação da norma aplicável ao conflito, revelando, na norma, a solução do problema<sup>6</sup>. Quanto às prestações sociais, ainda que

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>3</sup> Ibid., p. 211.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. O neocostitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. SARMENTO, Daniel (Coord). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 124.

<sup>5</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 319.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (Triunfo Tardio do Direito Constitucional Brasileiro). In. (Coord.) DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO,

positivadas na Constituição, essas só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador previsse, em lei, os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria <sup>7</sup>.

A constituição de 1988 foi um importante marco de mudança do cenário constitucional brasileiro, “o ponto culminante de um longo processo de distensão, a transição de um regime autoritário para a democracia”<sup>8</sup>, que inaugura um novo ordenamento jurídico, positivando diversos direitos sociais e fundamentais. Pensada nesse cenário conturbado, de transição de um modelo de Estado autoritário, indiferente às pretensões populares, para a de um Estado inclusivo, o qual assume obrigações e/ou prestações em face dos cidadãos, a constituição brasileira é, portanto, reflexo de uma sociedade marcada por duas décadas de ditadura militar, onde esses direitos foram restringidos e desobedecidos.

Desse modo, se por um lado a promulgação da Constituição de 1988, com a positivação dos direitos fundamentais, visava uma democratização e uma garantia aos direitos sociais, por outro, essa promulgação não levou à imediata realização fática dos seus elementos normativos. Observa-se, nessa época, a manifestação de movimentos teóricos que alegavam a insinceridade normativa do texto pátrio, além das marcas da euforia e da desconfiança nacionais. Euforia, pois havia a positivação de direitos sociais, que por muito tempo haviam sido deixados de lado. Desconfiança, pelo papel que o constitucionalismo desempenhou em um período de regime militar, um papel marginal, onde os atos executivos possuíam maior força normativa que a própria Constituição<sup>9</sup>. Isso tudo suscitava preocupação com a possibilidade de esse dispositivo vir a pecar em efetividade.

Assim, foi preciso, então, criar instrumentos dogmáticos que permitissem a plena aplicabilidade da Constituição, que foi ganhando força no decorrer do tempo, com o movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Corroborando para ascensão do movimento o Neoconstitucional, que promoveu

---

Daniel. **A constitucionalização do Direito**: fundamentação teórica e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>7</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicializações Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2008, p. 515.

<sup>8</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critério Jurídico para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 01

<sup>9</sup> Ibid., p. 02.

mudanças significativas no direito constitucional pátrio, sendo o que vigora nos dias atuais, como ficará claro a seguir.

## 1.2 - O neoconstitucionalismo

Como demonstrado anteriormente, foi preciso adotar um modelo constitucional que priorizasse a Carta Magna, com fim de dar efetividade a suas disposições normativas. Assim, surge o neoconstitucionalismo, que tem como principal característica a centralização da Constituição no ordenamento jurídico, que ganha conotação de superioridade aos demais dispositivos, que devem ser interpretados a partir dessa Carta Maior. Esse é o modelo de “filtragem constitucional”, o qual consiste na ideia de que toda a ordem jurídica deve ser lida sob a ótica da Constituição, de modo a realizar nela os valores consagrados<sup>10</sup>. Dessa forma, há um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradiam por todo o sistema jurídico, influenciando a interpretação do direito infraconstitucional<sup>11</sup>. Assim, à luz de tal premissa, toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional. Qualquer operação do direito deve, de forma direta ou indireta, receber a aplicação da Constituição. Nasce então a ideia de que a norma Constitucional tem que ser aplicada em sua máxima, de forma a lhe dar efetividade<sup>12</sup>. Nesse contexto, Barroso, sobre a doutrina da efetividade, rege:

“O movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremecendo-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.”<sup>13</sup>

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 2003, p. 01 a 49.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (Triunfo Tardio do Direito Constitucional Brasileiro). In: DE NETO SOUZA, Pereira Cláudio; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A Constitucionalização do direito: fundamentação teórica e aplicação específica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 217.

<sup>12</sup> CANOTILHO, Direito, cit., p. 227. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 305-306.



(grifos do autor)

Ou seja, o que se pode perceber é que com o movimento jurídico-acadêmico (doutrina brasileira da efetividade), adotado no novo Estado Constitucional Brasileiro, as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político e passaram a ter aplicabilidade direta e imediata<sup>14</sup>, tornando-se fonte de direitos e obrigações:

“todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via de ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico”<sup>15</sup>. (grifos do autor)

Do ponto de vista material, esse novo momento, chamado, portanto, de neoconstitucional, incorpora valores políticos ao texto da Carta Magna, principalmente no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com a atribuição ao Estado de garantidor de direitos sociais. Além do quê, há uma vinculação do Direito com a moral, atribuindo às decisões um caráter político que visa proporcionar uma igualdade social por muito tempo esquecida na história do Brasil.

Em suma, o direito brasileiro sofreu profundas mudanças com o movimento neoconstitucional. Houve o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e a importância de sua aplicação na interpretação do Direito, o que proporcionou: i) a rejeição do formalismo como forma de interpretação e o uso de recursos mais abertos de raciocínio jurídico; ii) a constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, principalmente os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; iii) a reaproximação do Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos e, por fim. iv) a judicialização da política e das relações sociais, com o deslocamento de poder do Legislativo e Executivo para o poder judiciário<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. Op. cit. p. 304.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. Op.cit., p. 113-114.

É nesse contexto histórico de valoração dos direitos sociais, que objetiva a aplicação direta e imediata dos direitos prestacionais, que se vislumbrou a necessidade de positivação do direito à saúde na Carta Maior. Nessa linha, sob o viés neoconstitucional de interpretação normativa, a saúde ganha imperatividade, sendo muito mais do que uma sugestão jurídica, tornando-se um comando e um dever estatal.

### **1.3 - Do direito fundamental à saúde e sua positivação no ordenamento jurídico**

Com efeito, esse novo cenário constitucional traz ao direito brasileiro uma positivação, e com isso, a valoração dos direitos sociais, que ganham caráter de direito fundamental, como dito acima. Assim, de forma principiológica, esses direitos passam a ser interpretados sob a ótica da dignidade da pessoa humana, representando um dos pressupostos mais importantes nos quadros de uma organização democrática<sup>17</sup>, pois está consagrado no artigo 1º, III da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático brasileiro. Esse entendimento, por sua vez, é corroborado por diversos autores. Segundo Silva<sup>18</sup>, os direitos fundamentais representam “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e às vezes nem sobrevive”. Assim, os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos, com rol extremamente amplo, não regulado exaustivamente pela Constituição da República de 1988. Nesse mesmo sentido, Barroso<sup>19</sup> acredita que o Estado constitucional tem como seu centro a dignidade da pessoa humana, que frequentemente é identificada como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Quanto ao direito à saúde, esse autor entende que esse direito fundamental está ligado ao mínimo existencial (que seria uma condição elementar à saúde) e ainda atribui aos três poderes o dever de promover esses direitos em sua maior extensão possível.

Em igual sentido, entendem os tribunais brasileiros que os princípios constitucionais dão efetividade às normas constitucionais e, em especial, essas devem ser analisadas sob o viés da dignidade da pessoa humana. Ou seja, há a ideia de que toda

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 642.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178. Apud. CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 104.

<sup>19</sup> BARROSO, Luiz Roberto, Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Op.cit. p. 881.

a Constituição deve ser olhada à luz da dignidade da pessoa humana, uma vez que essa se apresenta como fundamento do Estado Democrático, posicionamento esse que se pode extrair do trecho do Resp. 771.616/RJ<sup>20</sup>, de Relatoria do Min. Luiz Fux<sup>21</sup>.

“A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana”. (grifos do autor)

Desse modo, se passa a analisar todos os direitos sociais consagrados na constituição sob o viés interpretativo da dignidade da pessoa humana, como ocorre com a saúde ao ser positivada como um direito fundamental na Carta Maior.

O direito social à saúde foi positivado na Constituição Federal, nos artigos 6<sup>o</sup><sup>22</sup> e 196<sup>23</sup>, como um direito fundamental de todos os cidadãos, incumbindo ao Estado o provimento de bens e serviços destinados a sua promoção e proteção. Da análise do artigo 196, podemos extrair que a saúde é um “direito de todos” e também um “dever do Estado”, que deve ser garantido mediante “políticas sociais e econômicas”, regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Processual Civil. Recurso Especial. Fornecimento de medicamento. Recurso Especial n. 771.616-RJ. Recorrente: J A O da C (menor). Recorrido: Município de Nova Friburgo. Relator: Luiz Fux. Jurisprudência STJ. Julgamento: 20 jun. 2006. Documento: 2415978 – “relatório, ementa e voto”, p. 03. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2415978&num\\_registro=200501283923&data=20060801&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2415978&num_registro=200501283923&data=20060801&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 20 de out. de 2017.

<sup>21</sup> “A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana”. (grifos do autor)

<sup>22</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (grifos do autor)

<sup>23</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (grifos do autor)

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. In. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Suspensão de liminar. Agravamento. Saúde pública. Agravamento Regimental na Suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União; Ministério Público; Município de Petrolina. Relator: Gilmar Mendes. DJE n. 76. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso: 01 nov. 2017.

A importância desse direito é tamanha que sua positivação encontra-se espalhada por diversos dispositivos constitucionais. No artigo 7º, por exemplo, há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deve ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras; e o inciso XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. No artigo 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. No artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. E ainda, nos art. 198, que formula a estrutura geral do Sistema Único de Saúde, e no 200, que enumera as atribuições desse sistema.

Como se observa nos artigos supracitados, muitas são as normas constitucionais que tratam diretamente da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. No inciso IV do artigo 7 percebe-se a ideia constitucional de vinculação da saúde às necessidades vitais básicas do indivíduo, causando uma associação do direito à saúde ao direito à vida. Entretanto, nem o conceito de saúde, nem os objetivos mais amplos pretendidos estão concretizados na Constituição Federal de 1988, como observa Carlini quando diz que “o conceito de saúde e de efetividade de sua proteção no texto constitucional tem menor amplitude, e está focado nos aspectos eminentemente pragmáticos”<sup>25</sup>. Dessa forma, o dispositivo constitucional que rege sobre a saúde seria visto como uma norma de eficácia limitada, fazendo-se necessárias normas infraconstitucionais para dispor melhor acerca do tema, dispondo não só sobre sua conceituação como também de sua forma de funcionamento e do meio de efetivá-la, o que é feito pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90).

Vale salientar que as Constituições brasileiras prévias à de 1988 não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida

---

<sup>25</sup> CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014, p. 53.

importância à saúde, dispondo expressamente sobre esse direito<sup>26</sup>, tratando-a como direito social-fundamental. Com efeito, em 1990, houve um desenvolvimento normativo infraconstitucional do direito à saúde. A promulgação da Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 que regulamenta as normas constitucionais, torna o conceito de saúde mais abrangente. Com o advento dessa lei, verifica-se a preocupação do legislador em garantir, expressamente, a saúde como um direito fundamental, em seu artigo 2º<sup>27</sup>. É importante observar a relevância desse dispositivo para o estudo acerca do direito à saúde, justamente porque ao fixar o direito à saúde como um direito fundamental, gera-se a impossibilidade de subtração desse do ordenamento jurídico, mesmo que por emenda constitucional. Podemos chegar a essa conclusão uma vez que, o art. 60§4, IV, CF proíbe a deliberação de propostas de Emenda à Constituição que tendem a abolir os direitos e garantias individuais. Ou seja, estamos diante de um ordenamento jurídico com extrema preocupação com o direito fundamental à saúde ostentando *status* de direito e garantia pétrea, como se pode extrair da análise dos artigos 60 §4º, IV, combinado com o art. 5º, caput<sup>28</sup> e §2º, ambos da Constituição.

Nesse cenário, a garantia à vedação de emenda constitucional quanto ao direito à saúde pode se dar de duas formas. Primeiramente, pela correlação do direito à saúde estando diretamente relacionado com o direito à vida, cuja inviolabilidade é mencionada no art. 5º, “caput”<sup>29</sup>, que integra a noção de dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal).

A outra forma de interpretação do direito à saúde como uma cláusula pétrea se dá pelo § 2º do artigo 5º, que dispõe que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, depreende-se que outros direitos e garantias individuais, ainda que não

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 597.

<sup>27</sup> “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (grifos do autor)

<sup>28</sup> “Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>29</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

expressos (e, portanto, não constantes do art. 5º) ostentam a mesma condição de cláusula pétrea.

Nessa conjuntura, a importância do direito à saúde é tamanha, que esse passa a ser um direito fundamental com *status* de cláusula pétrea, não podendo, assim, ser reduzido ou subtraído do ordenamento jurídico pelo constituinte derivado. No novo contexto de Estado Democrático marcado pelo neocostitucionalismo o Poder Judiciário ganha destaque como guardião da Constituição, através do controle de constitucionalidade. Esse instrumento visa garantir que os direitos resguardados pela constituição, como o da saúde, não sejam violados por nenhuma nova norma. Ou seja, é dever do guardião da Constituição, através do controle de constitucionalidade assegurar a inviolabilidade da cláusula pétrea da saúde.

Por ora, observa-se o caráter protagonista do Poder Judiciário alcançado graças ao movimento neoconstitucional e o seu consequente reconhecimento como o guardião das promessas constitucionais. Nesse contexto, passa o juiz a ser o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas<sup>30</sup>, como proposto a seguir.

#### **1.4 - Do protagonismo do judiciário**

O Poder Judiciário, por muito tempo não deteve a força institucional que possui atualmente e, para que seja compreendida a mudança que se deu até se chegar ao protagonismo do judiciário nos dias atuais, faz-se necessário um estudo da evolução social e jurídica desse poder e da importância do movimento neoconstitucional ao judiciário e vice-versa. Em suma, após anos de interpretação positivista do direito, da divisão quase que absoluta do direito e da moral, da ideia de um juiz neutro e passivo, com ações restritas a mera aplicação das leis, entende-se como necessária a ascensão de um modelo que busque soluções mais adequadas às questões constitucionais do que as respostas positivistas. Nesse novo cenário constitucional, a forma convencional de interpretação não parece mais satisfatória. Isso porque se verifica que a solução de todos os conflitos nem sempre estarão contempladas nas normas. Assim, percebe-se a necessidade de uma interpretação neoconstitucional da Constituição pelos magistrados,

---

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidade. Op. cit., p. 122.

muito pautada na positivação de princípios. Os princípios se caracterizam por terem baixo grau de densidade normativa, de maneira que não há em sua aplicação, assim como nas regras, uma predeterminação pelo legislador dos critérios da decisão judicial, podendo esses critérios ser determinados pelo próprio aplicador do direito. Há, portanto, hoje, um enfraquecimento da vinculação do poder judiciário à norma jurídica e uma independência judicial<sup>31 32</sup>.

É nesse contexto que surge, então, um intérprete mais atuante, que passa a ser coparticipante, junto ao Legislativo, da criação do Direito, começando a atribuir valoração às normas abertas, realizando escolhas entre as soluções possíveis<sup>33</sup>. O magistrado brasileiro, diante de uma imperatividade das normas constitucionais e estimulado pelo pensamento da doutrina da efetividade, vê-se cada vez mais incentivado a flexibilizar as disposições normativas, pensando estar fortalecendo cada vez mais o conteúdo da Carta Maior e promovendo uma justiça social.

Nesse novo Estado Democrático constitucional brasileiro, marcado por uma constituição com extenso rol de direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata e com diversos remédios constitucionais para amparar a sua efetividade, não há como negar a ascensão do Poder judiciário<sup>34</sup>.

Com efeito, a proclamação da constituição de 1988 concedeu um cenário propício à ascensão judicial, trazendo as seguintes inovações: (i) a possibilidade de levar ao Judiciário qualquer questão devido ao princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB<sup>35</sup>); (ii) a ampliação dos legitimados e dos meios aptos a provocar a jurisdição constitucional, assim como a tutela coletiva de direitos; (iii) a possibilidade de que haja controle difuso de constitucionalidade, isto é, exercido por todos os juízes e órgãos judiciais; e, por fim,

---

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicação específica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. Op. cit.

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional Brasileiro. Op. Cit., p. 215.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade., Op.cit., p. 113-114.

<sup>35</sup> CRFB, art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(iv) a presença de normas programáticas na Constituição de 1988 <sup>36</sup>.

A cláusula do acesso à justiça obsta qualquer medida legislativa ou administrativa tendente a impedir que uma pessoa se socorra do Judiciário e dela decorre a obrigatoriedade de que o juiz profira decisão pacificando o litígio (vedação ao *non liquet*), prevista no artigo 140 do CPC<sup>37</sup>. Assim, ainda que não haja solução clara para a lide no direito posto, incumbe ao juiz encontrá-la no sistema, fazendo uso da analogia, costumes, princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB<sup>38</sup>), doutrina e outras fontes. Dessa forma, assevera o renomado jurista e Ministro do STF <sup>39</sup>:

“Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.”<sup>40</sup> (grifos do autor)

Percebe-se uma correlação entre a cláusula da inafastabilidade do acesso à justiça e o ativismo judicial. Todavia, há outras causas que corroboraram para a ascensão do Judiciário. Ademais, o Judiciário passou, cada vez mais a resolver questões polêmicas e relevantes para sociedade, muitas vezes em ações propostas por grupos políticos que foram perdedores no âmbito Legislativo, fazendo com que a importância do Judiciário só crescesse, marcando uma mutação institucional do Judiciário<sup>41</sup>.

Com efeito, como explicitado anteriormente, a supremacia Constitucional, assentada no direito constitucional contemporâneo, carrega a ideia de que a Constituição dota de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema. Nesse rumo de ideias, nenhuma norma pode ser incompatível com a Carta Maior. Com isso, para assegurar essa supremacia, institui-se o mecanismo de controle de constitucionalidade,

---

<sup>36</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>37</sup> CPC, art. 140: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

<sup>38</sup> LINDB, art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118.



cujas finalidades é declarar inválida toda norma que vai de encontro à Constituição<sup>42</sup>. Dessa forma, possibilita que questões eminentemente políticas sejam levadas ao judiciário, sendo esse obrigado a decidir sobre questões que são típicas do Legislativo e Executivo, havendo uma transferência de poder para as instituições judiciais, que gera o processo de judicialização<sup>43</sup>, abordado no próximo capítulo desta monografia.

---

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84-85.

<sup>43</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

## 2. A JUDICIALIZAÇÃO

Como exposto no capítulo anterior, várias foram as causas que favoreceram a implementação do processo de judicialização no panorama brasileiro. Entende-se por judicialização a transferência de decisão final sobre questões relevantes de repercussão política ou social, para o poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, a saber, o Legislativo e o Executivo<sup>44</sup>. Com efeito, a Constituição de 1988 (com menos de 30 anos de promulgação) tem mais emendas constitucionais<sup>45</sup> do que a Constituição norte americana, com 230 anos de promulgação<sup>46</sup>. Isso evidencia que a Carta Maior em muito se aprofunda em temas que não deveria. Aliado a esse fato, temos um sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Na prática, a Constituição consagra diversos direitos subjetivos que são imediatamente exigíveis pelo particular, via ações constitucionais e infraconstitucionais, fazendo com que o Judiciário tenha papel ativo na concretização de direitos<sup>47</sup>.

Para uma compreensão mais ampla dos efeitos desse fenômeno no contexto da saúde, é mister discorrer sobre as peculiaridades do fenômeno da judicialização no cenário brasileiro, como rege a próxima seção.

### 2.1 - Judicialização no Brasil

Em via de regra, os três poderes devem realizar os direitos fundamentais na sua maior extensão possível. Em vista disso, devem, conjuntamente, formular meios fáticos, para que os direitos deixem de ser abstratos, ou mera norma constitucional, para que se tornarem uma prestação estatal. Todavia, percebe-se que a concretização desses direitos vem sendo feita pela Administração Pública brasileira de forma muitas vezes precária e

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 366.

<sup>45</sup> A Constituição brasileira possui 97 emendas constitucionais. BRASIL. Constituição. Emendas constitucionais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

<sup>46</sup> QUEIROZ, Antônio Augusto. Emenda à Constituição no Brasil e nos EUA. **Portal Vermelho**. 20 jun. 2009. Disponível em: < [http://vermelho.org.br/coluna.php?id\\_coluna\\_texto=2328&id\\_coluna=9](http://vermelho.org.br/coluna.php?id_coluna_texto=2328&id_coluna=9) >. Acesso em: 17 nov. 2017.

<sup>47</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática**. Conj. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

ineficaz, resultando em omissão estatal. Diante disso, as questões relativas a essa omissão, em instâncias do Legislativo e do Executivo, são abarcadas pelo Judiciário para cessão dessa inércia, o que acaba por evidenciar sua atuação, dando-o maior poder e destaque social<sup>48</sup>.

A crise de representatividade, que assola o Legislativo e o Executivo, denota a imagem desses como órgãos estatais sem representatividade popular e incapazes de agir como garantidores dos direitos fundamentais. Simultânea e inversamente, foi atribuída ao poder judiciário a ideia de uma instituição que “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, o que incorporou a via judicial como meio definitivo de o cidadão garantir a efetividade de seu direito e promover justiça social<sup>49</sup>.

A judicialização no Brasil tem sido atribuída também, de forma geral, à independência do poder Judiciário, promovida por uma constitucionalização abrangente e analítica, retratada na preferência decisória judicial de questões polêmicas e de desgastes políticos. Corroborando com isso, quase toda questão de relevância política e social já foi submetida ao STF, pelo mecanismo de controle de constitucionalidade. Esse remédio constitucional permite que o judiciário intervenha na omissão ou na inércia do Legislativo e do Executivo. Uma vez que o papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito é o de intérprete da Constituição e das leis, resguardando os direitos nelas positivados e o respeito ao ordenamento jurídico pátrio, cabe a ele, Judiciário, intervir para que a violação, por via de omissão ou inércia ilegítima, seja cessada<sup>50</sup>.

Ou seja, o incentivo à judicialização advém não só da crise de representatividade do Legislativo e do Executivo, decorrente da crise de confiabilidade nessas instituições, mas também de diversos mecanismos constitucionais de revisão de legalidade da atuação desses poderes, como as ações de controle de constitucionalidade e Ações Civis Públicas, que fizeram com que questões com caráter muito mais políticos fossem

---

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 554-555.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

levadas ao judiciário.

É importante destacar que, além dos mecanismos de controle de constitucionalidade, a cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional incentiva o incremento do processo de judicialização. Nesse cenário em que o judiciário ganha confiabilidade social, cria-se um ambiente propício a outro movimento jurídico metodológico de interpretação dos dispositivos: o particularismo, “segundo o qual cabe ao judiciário, ao apreciar um caso, considerar as finalidades subjacentes às regras aplicáveis e às circunstâncias específicas do contexto em que a decisão se insere”<sup>51</sup>. Essa forma de interpretação ostenta decisões mais justas, pois permite que o juiz analise as particularidades que o legislador, ao editar as normas gerais e abstratas, é incapaz de prever. Até por isso, esse poder ganha, através de suas decisões, mais confiança social<sup>52</sup>, incentivando ainda mais a judicialização, visto que o particular, confiando nesse poder, possui uma preferência pela resolução do conflito por essa via. Em contrapartida a esse benefício de “decisões mais justas”, o particularismo está intimamente associado à teoria contemporânea dos princípios, o que atribui aos juízes competência para concretizar direitos sociais para além dos definidos em lei, aplicando diretamente princípios abertos positivados na Constituição<sup>53</sup>. Diante disso, decisões cada vez mais ampliativas de direito são tomadas, o que configura um problema, conforme explicitado ao longo deste trabalho.

Com efeito, esse movimento interpretativo amplo, também muito característico do Neoconstitucionalismo, pode apresentar-se como um veículo de efetivação e concretização de direitos sociais, mostrando-se como um meio de diminuir as desigualdades sociais e de promover mudanças na realidade fática. No entanto, para alguns juristas, esse modelo de interpretação “tem pecado pelo excesso, depositando no Judiciário as expectativas que ele nem sempre terá como corresponder de forma satisfatória”<sup>54</sup>. Isso porque, no viés crítico, os juízes concretizam somente uma “micro-

---

<sup>51</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 518.

<sup>52</sup> SCHAUER, F. *Playing by the rules: philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Oxford University Press, 1998. Apud. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. Op. cit., p.517.

<sup>53</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Op. cit., p. 518.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: Oliveira, Fernando Fróes. Op. cit. p. 235.

justiça”, já que o juiz não busca maiores informações ao lidar com políticas públicas, estando restrito aos argumentos trazidos pelos litigantes, tampouco mensura os impactos de suas decisões no planejamento público. Em contraposição, os administradores públicos são capazes de concretizar uma “macro-justiça”, planejando ações em uma perspectiva mais ampla, de acordo com múltiplos fatores e em prol de toda a sociedade.<sup>55</sup>

Nesse cenário, estando a saúde resguardada na Constituição, cabe ao judiciário resguardá-la. A próxima seção discutirá a judicialização aplicada às questões relacionadas à saúde.

## 2.2 - Os processos judiciais e a saúde no Brasil

A judicialização da saúde no Brasil não é matéria recente, pois essa se apresenta como um problema nacional desde a década de 1990<sup>56</sup>. A decisão considerada o primeiro precedente importante sobre o assunto data de 1997. Nessa, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, discute-se entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável, assegurado pela Constituição no art. 5º, caput, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, que, segundo o Ministro, vem orientado e inspirando julgados sobre a matéria<sup>57</sup>.

Para Bucci, a judicialização se dá, entre outros fatores, pela peculiaridade da estrutura normativa da saúde e em razão da fragmentação das normas que tratam das políticas públicas sobre o tema. Nesse caso, o instrumento normativo que regula a saúde não é único e nem possui uma única fonte normativa, sendo resultado de diversos atos do Executivo e do Legislativo. Diante disso, nem o intérprete sabe exatamente o que aplicar, nem o usuário sabe onde consultar seus direitos. Ademais, essas leis apresentam

---

<sup>55</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 896.

<sup>56</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuições para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017, p. 33.

<sup>57</sup> Ibid., p. 33-34.

alto grau de complexidade, sendo extremamente fragmentadas, o que gera, inclusive, falta de coesão e dificuldade na sua compreensão por leigos. Como agravante, as atualizações das listas de medicamentos do SUS não acompanham as demandas sociais e avanços tecnológicos, aumentando ainda mais a judicialização da matéria. Isso ocorre especificamente pelo fato de que essas listas deixam de ser vistas como a “cara das políticas públicas”, instaurando-se, então, um descrédito quanto à sua possibilidade de responderem satisfatoriamente às demandas sociais<sup>58</sup>. Soma-se a isso o fato de que o direito fundamental à saúde se encontra consagrado em um instrumento normativo superior e de aplicação imediata, a Constituição. Diante desse cenário, o cidadão, sem saber como concretizar seu direito, aciona o judiciário<sup>59</sup>.

Em sentido parecido, Carlini<sup>60</sup> atribui as razões que levam à judicialização da saúde ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como base interpretativa para os dispositivos constitucionais, como é o caso do Artigo 6º<sup>61</sup> da Constituição Federal, que dispõe sobre a saúde. Nas circunstâncias por ela descritas, diante das condições precárias de assegurar o direito fundamental à saúde, através das políticas públicas existentes e da possibilidade do Judiciário de condenar a Administração Pública à tutela da prestação de direitos sociais, entende-se como se dá o processo de judicialização especificamente da saúde.

A priori, esse processo respalda-se na ideia de que a Constituição deve ser integralmente aplicada no âmbito dos direitos fundamentais, ainda que por via judicial, sempre que a esfera administrativa se mostra incapaz de efetivá-los. Entretanto, se por um lado as demandas de massa promovem, ainda que parcialmente, a derrubada de barreiras que impedem a reivindicação do atendimento a direitos, por outro, tais ações

---

<sup>58</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit., p.40-68.

<sup>59</sup> Em mesmo sentido rege JORGE: “Embora a atividade normativa secundária seja de extrema relevância para a conformação das “políticas”, o fato é que a fragmentação normativa, resultado da multiplicidade de agentes governamentais envolvidos na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas sanitárias, contribui para instabilidade do direito produzido e favorece a diversidade de interpretações, fatores que também são causas da excessiva judicialização do direito à saúde”  
DE JORGE, Ighor Rafael, A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit., p. 458.

<sup>60</sup> CARLINI, Angélica. op. cit., p. 103-111.

<sup>61</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

criam um paradoxo em que a judicialização gera ainda mais judicialização<sup>62</sup>.

Há aí a propagação do pensamento neoconstitucional de que a Constituição Federal deve ser aplicada integralmente no âmbito dos direitos fundamentais, com uma ideia generalizada de que a esfera política se esgotou, ou se mostrou incapaz de efetivar os direitos previstos no texto constitucional<sup>63</sup>. Para gerar um maior entendimento da problemática em torno desse fenômeno, é importante que sejam entendidas a atuação do poder judiciário com base no princípio da efetividade e a relação entre integralidade e universalidade da saúde, conforme proposto nas próximas seções.

### **2.2.1 - A atuação do poder judiciário brasileiro: teoria da efetividade e saúde**

No contexto da judicialização da saúde no Brasil, a atuação judicial utiliza-se da teoria da efetividade como base interpretativa da Constituição e do direito à saúde, como forma de ampliar sua efetividade para além do que se consagra nos textos normativos. Esse fenômeno gera um gasto orçamentário além do previsto e causa impactos sociais, econômicos e institucionais, principalmente, por utilizar-se de verbas muitas vezes inexistentes nos cofres públicos, como restará claro.

#### **2.2.1.1 - O princípio da efetividade**

Como visto anteriormente, no século XX, difunde-se o chamado Constitucionalismo da Efetividade, ou Neoconstitucionalismo, que reivindica força normativa à Constituição. Esse movimento defende que os direitos fundamentais e princípios constitucionais sejam efetivamente perseguidos na interpretação e aplicação das normas jurídicas, valorizando-se o trabalho interpretativo e cobrando a simetria desse com os valores constitucionais.

Sob essa teoria, outros ramos do direito passam a ser interpretados sob o viés

---

<sup>62</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit., p. 34.

<sup>63</sup> CARLINI, Angélica. Op. cit., p. 103-111.

constitucional. Canotilho<sup>64</sup>, sobre esse princípio, diz que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Para esse doutrinador, esse princípio tem maior alcance no campo das normas constitucionais programáticas e no domínio dos direitos fundamentais. Ele entende ainda que a eficácia da norma se dá quando ela produz os efeitos que lhe são próprios. Isso suscita uma questão relacionada ao significado de uma norma ter maior ou menor eficácia. Sobre a eficácia da norma, Barroso<sup>65</sup> explica que a efetividade da norma diz respeito à realização do Direito, ao desempenho concreto de sua função social e sua materialização no mundo dos fatos. Com isso, para que a Carta Maior tenha real eficácia, faz-se necessário que o constituinte possua senso de realidade para que não se perceba diante de uma norma inalcançável.

A teoria da efetividade vem sendo utilizada pelos tribunais brasileiros para validar direitos sociais positivados na Constituição, atribuindo a esses aplicação imediata das normas e garantias fundamentais<sup>66</sup>. Uma das características marcantes da teoria da efetividade como forma de interpretação das normas constitucionais é o uso do princípio da dignidade da pessoa humana como lente interpretativa de direitos. Esse princípio não se preocupa apenas com a existência do ser humano, mas está atrelado, também a um mínimo existencial, ou seja, a quais são as condições mínimas para assegurar uma vida minimamente digna. Assim, não basta apenas assegurar a vida/existência do cidadão. A dignidade da pessoa humana está diretamente vinculada a um conjunto mínimo de prerrogativas e direitos essenciais, chamado de “o mínimo existencial”, sem o qual a vida não é possível<sup>67</sup>. Verifica-se que a ideia de que a dignidade humana se revela como valor-fonte de todo o sistema moral e jurídico das sociedades contemporâneas, inclusive do Brasil, já está consolidada. Com isso, esse princípio mostra-se a base de interpretação de todas as demais normas do ordenamento brasileiro, devendo, os direitos sociais e fundamentais serem interpretados sob o viés da dignidade da pessoa humana. No julgado do Agravo Regimental no Recurso Especial n.

---

<sup>64</sup> CANOTILHO, Direito, cit., p. 227. In. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo. 2017, p. 95.

<sup>65</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e fundamentais e a construção do novo modelo**. 2.ed. São Paulos: Saraiva, 2011, p. 223.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

<sup>67</sup> FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos e judicialização e direitos sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.860.



855787 / RS<sup>68</sup>, percebe-se que esse princípio é utilizado como base interpretativa para concessão do medicamento requerido, como instrumento de efetividade da constituição que consagra o direito à saúde.

Em um cenário regido pela desigualdade, os defensores dessa intervenção ampla argumentam no sentido de dar respaldo ao princípio da efetividade constitucional, que seria a possibilidade do texto Constitucional influenciar na vida social. Com direitos sociais fundamentais positivados em uma Constituição rígida, na qual “não há regras constitucionais de valor meramente moral ou de conselhos, toda disposição inserta numa constituição rígida adquire dimensão jurídica<sup>69</sup>”. Assim, os direitos sociais, como o da saúde, não podem mais ser considerados meras exigências morais, mas, sim, verdadeiros deveres jurídicos estatais. Dessa forma, faz-se uma leitura moral dos direitos sociais sob o já mencionado viés da dignidade humana<sup>70</sup>, ampliando esses direitos, em um posicionamento consagrado nos tribunais brasileiros.

Em suma, na medida em que inovações constitucionais foram ganhando força e efetividade e agregando força normativa aos princípios jurídicos, reforçou-se a ideia de

---

<sup>68</sup> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Ação ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado, objetivando o fornecimento dos medicamentos Interferon Alfa e Ribavirina 250mg, indicados para paciente portador de Hepatite Crônica. 2. A função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. 3. In casu, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação de fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das astreintes objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde. 4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001). 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min. ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005. 6. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde. 7. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 855.787/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2006, DJ 27/11/2006, p. 258) BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (primeira turma). Administrativo. Tratamento de Saúde. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 855.787 / RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Maria Inez Brasil Fernandes. Relator: Luiz Fux. DJ 27 nov. 2006 p. 258.

<sup>69</sup> DA SILVA, José Afonso, **Teoria do Conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.559.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 239-240.

que os princípios constitucionais são normas jurídicas, imperativas aos três poderes e judicialmente exigíveis<sup>71</sup>. Há uma difusão da ideia de rejeição ao formalismo, dando espaço a um modelo mais aberto de raciocínio jurídico, possibilitando a atuação judicial pautada em parâmetros jurídicos mais tênues. Com isso, direitos nem sempre positivados podem ganhar efetividade através de uma interpretação ampla e direta desses princípios<sup>72</sup>, o que possibilita um enfraquecimento da vinculação do intérprete à norma jurídica.

Se por um lado a busca da efetividade das normas constitucionais, em um contexto neoconstitucional enseja a indesejada judicialização, por outro, essa atuação judiciária tem uma face positiva, uma vez que esse Poder está atendendo demandas que não foram atendidas pelo Legislativo em tempo ou a contento. O aspecto negativo, contudo, é justamente o fato de o Legislativo, instância política por excelência, não conseguir atender os anseios sociais e o Judiciário não ter a visão macro política para tomar certas decisões, como ficará claro na próxima seção.

#### 2.2.1.2 - O princípio da efetividade e a Saúde

A correlação entre o direito à vida e o direito à saúde é bem difundida na doutrina brasileira, bem como nos tribunais pátrios. Esses direitos estão muito associados à ideia de dignidade da pessoa humana, que por sua vez se relaciona à ideia de mínimo existencial, ou seja, às condições mínimas que um indivíduo necessita para ter uma vida digna, conforme mencionado anteriormente.

É crucial destacar que, no momento em que a constituição possuía pouca força normativa e não era reconhecida como um documento jurídico, a interpretação ampliativa da Constituição se entendia necessária. Contudo, hoje não há dúvidas da forma imperativa e normativa da Constituição, não havendo necessidade do princípio da

---

<sup>71</sup> BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 61.

<sup>72</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos sociais: Críticas e Parâmetros. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 518.

efetividade ser usado como instrumento de emancipação da Carta Magna<sup>73</sup>. Todavia, essa não é a posição consagrada nos tribunais brasileiros. A atuação judiciária rege no sentido da expansão de direitos e usa uma lente ampliadora pautada na dignidade da pessoa humana para interpretação dos direitos fundamentais de forma distributiva, como dito antes e evidenciado na Apelação n. 0146415-27.2012.8.19.0001<sup>74</sup> de relatoria da Desembargadora Renata Cotta.

Primeiramente, há que se propor uma reflexão sobre a existência de base constitucional para uma atuação tão expansiva do Judiciário. Para Maximiliano<sup>75</sup>, a interpretação extensiva é aquela que extrai do texto mais do que suas palavras parecem permitir. Nessa lógica, os Tribunais<sup>76</sup> entendem que os direitos constitucionais, como no caso de direitos relacionados à saúde, devem ser priorizados e os direitos fundamentais devem ter seu significado estendido de forma máxima, ainda que não haja referência

---

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 241.

<sup>74</sup> “APELAÇÃO. MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUPREMACIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 8080/90. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE SUBSTITUTOS TERAPÊUTICOS FORNECIDOS PELO SUS. IRRELEVÂNCIA. Hipossuficiência econômica demonstrada. Dever comum dos entes federativos a teor do Verbete nº 65, deste Tribunal. Mesmo não havendo previsão na tabela fornecida pelo SUS Sistema Único de Saúde. Negativa do Estado no fornecimento do medicamento, tendo em vista não constar da lista elaborada pelo Sistema Único de Saúde. Substituição do medicamento prescrito por outro da lista. Impossibilidade. Prescrição médica indicando o medicamento que melhor atende ao tratamento. Cabe ao médico apontar o melhor remédio para o tratamento correto. Comprovada a doença e a necessidade do medicamento a garantir sobrevivência. Descabimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade de artigos da Lei 8080/90 observando a cláusula de reserva de plenário. Procedência do pedido autoral que não importa em declaração de inconstitucionalidade, cuja interpretação deve considerar o ordenamento jurídico e, especialmente, as normas da Constituição da República, que tem como orientação o princípio da dignidade da pessoa humana, base de todos os demais direitos constitucionais, como o direito à saúde e à vida. Por fim, mostra-se irrelevante a existência de substitutos terapêuticos para o tratamento da moléstia em questão, porquanto se trata de medicamentos distintos aos genéricos e similares, não havendo comprovação de que a substituição requerida pelo Estado desempenharia a mesma eficácia de tratamento, em relação aos medicamentos prescritos pelo médico especialista. Recurso a que se nega seguimento. (TJRJ - AC 0146415-27.2012.8.19.0001- Des. Rel. Renata Cotta- Terceira Câmara Cível- Julgado em: 11/02/2014)”. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (terceira câmara cível). Matéria de saúde pública. Apelação n. 0146415-27.2012.8.19.0001. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Elizabeth Gomes Chaves. Relatora: Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro. DJE: 31 mar. 2014. Fls.220/228. Número do diário: 1829222.

<sup>75</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p 163. In. OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 232.

<sup>76</sup> “(...) O Art. 7, XVIII, da Constituição trata-se de norma reguladora de direito fundamental, devendo, assim, ter interpretação extensiva (...)”. Reexame necessário nº0005871-31.2010.8.19.0001 - 1ª Ementa. Des. Sidney Hartung – Julgado 24.11.2010 – Quarta câmara cível

expressa na Constituição direcionando a essa forma de interpretação<sup>77</sup>. Isso é mais comum ainda quando se trata da dignidade da pessoa humana. Para compreendermos melhor o assunto, vale observar o Mandado de Segurança n. 0005871-31.2010.8.19.0042.<sup>78 79</sup>

A ideia que se verifica nesse julgado é a de que a Constituição é uma norma jurídica que deve promover mudanças na realidade fática. Acrescenta-se a isso o fato de os direitos fundamentais ocuparem a base material do ordenamento jurídico, entendendo que a interpretação da constituição deve ser norteada por eles. Logo, acredita-se que, ao interpretar os direitos fundamentais de forma ampliativa, sua efetividade estaria sendo aumentada, o que significaria a máxima produção de seus efeitos na realidade.

Percebe-se, difundido o entendimento entre os membros do poder judiciário, que esses possuem capacidade e dever de intervenção quando diante de toda e qualquer questão que se imputa relacionada ao direito Constitucional da Saúde, como é observado na Apelação Cível n. 00114866520118020001 (anexo 1)<sup>80</sup>. A análise desse

---

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. Op. cit., p. 232.

<sup>78</sup> MANDADO DE SEGURANÇA. DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO - PRORROGAÇÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE - MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS - Pleito onde requer a Impetrante seja prorrogada sua licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, em consonância com a nova previsão da Lei nº 11.770/08. A Lei Municipal nº 6.701 de 06 de novembro de 2009, em seu art. 1º e parágrafo único, dispõe que a licença-maternidade destinada às servidoras públicas municipais de Petrópolis será prorrogada por 60 (sessenta) dias, mediante requerimento efetivado até o final do primeiro mês após o parto. A Lei Municipal entrou em vigor em 06/11/2009, data de sua publicação, quando a Impetrante já se encontrava em gozo de licença-maternidade. Requerimento efetuado após o prazo de 01 (um) mês a contar do parto, conforme estabelecido na referida lei. Liminar indeferida com base na intempestividade do requerimento. Agravo de Instrumento requerendo efeito suspensivo da decisão impugnada. Em que pese à literalidade da lei municipal, no qual se embasou a douta magistrada, não se pode olvidar o preceito constitucional destacado nos artigos 226 e 227 da Magna Carta, que se fundamentam na Proteção Integral dos direitos da criança. **O art. 7º, XVIII, da Constituição Federal trata-se de norma reguladora de Direito Fundamental, devendo, assim, ter interpretação extensiva.** Deferimento da liminar, suspendendo a r. decisão. Sentença de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC, concedendo a prorrogação da licença-maternidade. - Incidência da súmula 253, do C. STJ. - Aplicabilidade do disposto no art. 557, caput, do CPC. Manutenção da sentença que se impõe. CONFIRMAÇÃO DA SEGURANÇA, com fulcro no §1º do artigo 14, da Lei 12.016/2009. (Reexame Necessário n. 0005871-31.2010.8.19.0042, Des. SIDNEY HARTUNG BUARQUE, Quarta câmara Cível- TJRJ, jul. 24/11/2010)

<sup>79</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (quarta câmara cível). Prorrogação de Licença maternidade. Reexame Necessário n. 0005871-31.2010.8.19.0042. Impetrante: Roberta Gomes dos Santos. Impetrado: Município de Petrópolis. Relator: Sidney Hartung. Julgado: 24 nov. 2010.

<sup>80</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Alagoas (segunda Câmara Cível). Constitucional. Direito fundamental à saúde. Apelação Cível n. 00114866520118020001. Apelante: Município de Maceió. Apelada: Livia Fernandes dos Santos Lima. Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Publicado: 26 set.

julgado é muito feliz para que seja entendida a compreensão que o judiciário tem quanto à judicialização da saúde, bem como seus efeitos e legitimação. A intervenção é feita com respaldo na garantia de acesso à justiça, quando deflagrada uma violação de um direito fundamental positivado na Constituição. Pode-se perceber, ainda, que o direito à saúde em muito tem sido associado ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, como norteadores interpretativos para concessão e garantia do direito. Fica claro, também, a verificação da responsabilidade estatal de garantia desse direito, estando sujeito o ente federativo a sanções.

Essa posição expansiva dos direitos fundamentais é defendida por diversos autores, entre eles, Sarmento<sup>81</sup>, quando diz que “os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulso e diretrizes para o legislador, a Administração e o Judiciário”. Acredita ainda o doutrinador, que para que haja uma humanização e maior efetividade das normas constitucionais, essas devem ser analisadas sob “lentes e cores da dignidade da pessoa humana”. Vale ressaltar que, diante desse pensamento, todas as prestações são concedidas quando invocado o direito à saúde com base no art. 196, o que promove dois grandes problemas: a desvalorização das normas infraconstitucionais como meio de solução de litígios e a permissão da garantia direitos, muitas vezes não tutelados em políticas de saúde.

Com efeito, o judiciário se torna uma porta de efetivação dos direitos e, infelizmente, o que à primeira vista parece muito positivo, pode significar grande ônus para o sistema. Nessa lógica, o cidadão individualmente irá conseguir qualquer tutela referente à saúde, sem que sejam observados os protocolos do SUS, constantes em normas infraconstitucionais, e em detrimento das necessidades de outras pessoas e do planejamento orçamentário estabelecido pelo Executivo.

Para Barroso<sup>82</sup>, o artigo 196 da Constituição Federal é uma norma positivada na

---

2014. Disponível em: <<https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142006080/apelacao-apl-114866520118020001-al-0011486-6520118020001>>. Acesso em: 18 nov.2017.

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.155. Apud. OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 235-236.

<sup>82</sup> BARROSO, Luiz Roberto, Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Op. Cit, p. 891-892

forma de “norma programática”. Assim, para ele, o artigo deixa claro que a garantia à saúde não se dará por meio de decisões judiciais, mas através das políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, a tarefa de concretização do direito à saúde é conferida aos executores das políticas públicas, criando um obstáculo à atuação do Poder judiciário para concretizar o direito à saúde independentemente de mediação legislativa. Ainda sobre o assunto, é interessante analisar o Julgado do Mandado de Segurança de relatoria do Des. Antônio Lindberg Montenegro:

“Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto-custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há que atender aos interesses mais imediatos da população. Improriedade da via mandamental para atendimento do direito reclamado<sup>83</sup>”. (Grifo do autor)

O que se pode extrair da análise desse dispositivo é que essa é uma norma programática de eficácia limitada, que requer outros dispositivos legais para que possa ser efetivamente concretizado. Para realização de tal incumbência, o artigo 198<sup>84</sup> da Constituição institui o Sistema Único de Saúde - SUS, que possui como diretriz básica o atendimento integral por todos os entes federativos. Em contrapartida, verifica-se um cenário de não acesso a esse direito em sua plenitude.

Após o entendimento do princípio da efetividade constitucional, cabe, a seguir, trazer à luz mais dois princípios essenciais no processo de entendimento acerca dos impactos da judicialização excessiva no Brasil: a integralidade e a universalidade, no caso deste trabalho, da saúde.

---

<sup>83</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindberg. TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des. Antonio Lindberg Montenegro. In BARROSO, Luiz Roberto, Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 891.

<sup>84</sup> “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais**; III - participação da comunidade”. (grifo o autor)

### 2.2.2 - A atuação do poder judiciário brasileiro: integralidade e universalidade da Saúde

A saúde, como já exposto anteriormente, encontra-se assegurada na Constituição Federal como um direito fundamental de todos os cidadãos, nos artigos 6º<sup>85</sup> e 196<sup>86</sup>, incumbindo ao Estado o provimento de bens e serviços destinados à sua promoção e proteção.

Uma primeira análise dos artigos supracitados, do ponto de vista da teoria da efetividade, vista na seção anterior, fundamentada na premissa de que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” nos direciona à ideia de que todo direito social, como o da saúde, é autoaplicável, ou seja, possui eficácia plena. No caso da saúde, ao observarmos o artigo 6º, poder-se-ia lhe atribuir aplicação imediata, numa primeira análise. No entanto, avaliando com maior cautela a Constituição, quando esse trata do direito à saúde no artigo 196, suscita dúvida quanto à essa aplicabilidade imediata. Isso porque, segundo esse artigo, a saúde será garantida mediante políticas sociais e econômicas, assim, o texto constitucional determina que a saúde seja garantida pelas políticas públicas. Logo, a ação do Judiciário, com base na interpretação de uma aplicação imediata e distorcida desses artigos, contraria o dispositivo legal, que prevê a implementação através de políticas públicas<sup>87</sup>.

Dessa maneira, de fato, percebe-se, pela simples análise dos artigos acima citados, que a Constituição proclamou o direito à saúde como um direito de todos, incumbindo ao Estado garantir a sua promoção, mediante políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, é dever do administrador público criar meios fáticos de promover esse direito, mediante à formulação e à implementação de políticas públicas que visem proporcionar aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médica, sob pena de dar ensejo à intervenção do judiciário para compelir o Poder

---

<sup>85</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>86</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

<sup>87</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação Democrática. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 98.

Público a prestar tal serviço<sup>88</sup>.

Para realização de tal incumbência, o artigo 198<sup>89</sup> da Constituição institui o Sistema Único de Saúde - SUS, que possui como diretriz básica o atendimento integral por todos os entes federativos. Em contrapartida, verifica-se um cenário de não acesso desse direito em sua plenitude. Ora, se há um direito positivado na Constituição que se entende fundamental, o qual não está sendo devidamente cumprido, é de se esperar que haja o sentimento popular de que seja necessária a tentativa de alcançá-lo a qualquer custo, provocando, assim, a judicialização por meio da evocação do princípio da universalidade e da integralidade. O fato de que essa judicialização vem ocorrendo de forma endêmica no Brasil é notório.

Não obstante, a positivação dos artigos 6º, 196 e 198 da Constituição e sua interpretação isolada, tem gerado uma forma equivocada de compreensão dos deveres estatais, do direito à saúde e dos princípios norteadores do SUS, da integralidade e universalidade. Assim, os tribunais têm entendido no sentido de que o Estado deve fornecer, através do SUS, em qualquer circunstância e a qualquer indivíduo, todo e qualquer insumo de saúde, como se observa no recurso n. 0027478-69.2014.8.07.0018<sup>90</sup>. Pela análise desse julgado percebe-se que o judiciário brasileiro vem utilizando de um

<sup>88</sup> Oliveira, Fernando Fróes. op. cit. p.255.

<sup>89</sup> “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais**; III - participação da comunidade”. (grifo o autor)

<sup>90</sup> DIREITO INTERTEMPORAL. RECURSO. REQUISITOS MARCO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 13.105/15. REGÊNCIA PELO CPC/73. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO. MEDICAMENTO. NÃO PADRONIZADO. TEMOZOLAMIDA (TEMODAL). DIREITO FUNDAMENTAL. SAÚDE. RELATÓRIO MÉDICO. IMPRESCINDIBILIDADE. EFICÁCIA. EFETIVIDADE. SEGURANÇA. URGÊNCIA. PRINCÍPIOS. INTEGRALIDADE. UNIVERSALIDADE. SUS. ASSISTÊNCIA. ART. 196 CF/88. LEI 12.401/2011. LEI 8.080/1990. 1. A análise do recurso deve considerar, em substância, a lei processual vigente ao tempo em que foi publicada a decisão recorrida. 2. A Lei 13.105/15 - Novo Código de Processo Civil - não se aplica às decisões publicadas anteriormente à data de sua entrada em vigor, ocorrida em 18 de março de 2016. 3. Inarredável a obrigação do ente estatal ao fornecimento de medicamento, ainda que não padronizado, se comprovado como indispensável, eficaz e urgente ao tratamento de paciente desprovido de recursos financeiros para sua aquisição, com respaldo no direito fundamental constitucional à saúde (art. 196 CF/88, Leis 12.401/2011 e Lei 8.080/1990). 4. Recurso voluntário e remessa necessária conhecidos e desprovidos. (grifos do autor) TJ-DF 20140111164804 0027478-69.2014.8.07.0018, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 20/07/2016, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2016 . Pág.: 189/203)  
(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (terceira turma cível). Apelação Cível n. 0027478-69.2014.8.07.0018. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Francisca Maria Rodrigues. Relator: MARIA DE LOURDES ABREU. Publicado no DJE : 03 ago. 2016 . Pág.: 189/203)



conceito de integralidade amplo, para conceder todo tipo de medicamento, até mesmo aqueles não abarcados pela política do SUS.

A melhor e mais moderna interpretação aceita dentro dessa doutrina entende que integralidade não quer significar que o Estado esteja obrigado a fornecer toda e qualquer prestação de saúde<sup>91</sup>, com custos infinitos, a todo e qualquer indivíduo, como se o recurso financeiro do Estado não tivesse fim<sup>92</sup>. Isso quer dizer que a integralidade não poder ser entendida como sinônimo de assistência irrestrita ou ilimitada. A integralidade deve ser interpretada com base em princípios, diretrizes e normas constitucionais para combater essa ideia de que cabe tudo ao direito à saúde<sup>93</sup>.

Cumprе ressaltar que o artigo 198<sup>94</sup>, inciso II da Constituição Federal, de fato, estipula diretrizes de integralidade e universalidade ao SUS. Previsão essa que, de forma similar, podemos encontrar no artigo 5<sup>95</sup>, inciso III, da Lei n. 8.080/90. Já do artigo 7<sup>96</sup> do mesmo dispositivo legal, extrai-se o conceito de integralidade de assistência, como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos (cuja finalidade é evitar as doenças), curativos (que visa curar as doenças)<sup>97</sup> e promocional (voltada para a qualidade de vida)<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisicional. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.835.

<sup>92</sup> DE JORGE, Ighor Rafael. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit., 463.

<sup>93</sup> HENRIQUES, Fátima Vieira, op. cit., p.835

<sup>94</sup> “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais**; III - participação da comunidade”. (grifo o autor)

<sup>95</sup> “Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS: III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de **promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada** das ações assistenciais e das atividades preventivas.” (grifos do autor)

<sup>96</sup> “Art.” 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I - **universalidade** de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II - **integralidade de assistência**, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (grifos do autor)

<sup>97</sup> HENRIQUES, Fátima Vieira. Op. Cit, p. 834.

<sup>98</sup> ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1ª. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, pág. 82. In. < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito->

No artigo 7º, inciso II da Lei n. 8.080/90 encontramos o conceito de integralidade sob um viés sanitário e não o difundido na cultura social, que significa promoção, proteção e recuperação. Ademais, pode-se extrair ainda que a integralidade está ligada à questão de complexidade do atendimento relacionado ao direito à saúde. Ou seja, a integralidade rege no sentido de que o sistema público de saúde não pode negar atendimento a qualquer de seus usuários só porque o caso é de grave enfermidade ou complexidade<sup>99</sup>. Todavia, esse artigo não permite uma distorção interpretativa em sentido amplo e irrestrito da saúde porque o atendimento médico deve acontecer de forma racional sob pena de se tornar terapêuticamente ineficaz ou economicamente inviável. Nesse sentido, há a impossibilidade de que tratamentos experimentais, sem qualquer comprovação científica de eficácia, sejam custeados pelo SUS. Tampouco é possível considerar inserido no âmbito da assistência integral o fornecimento de medicamento não aprovado pela Vigilância Sanitária Nacional (ANVISA)<sup>100</sup>. O que parece óbvio, mas, pela análise casuística<sup>101</sup>, verifica-se que muitos juízes creem que terapias em fases experimentais estejam abarcadas pelo princípio da assistência integral.

Indo além, quanto à interpretação dos artigos supracitados, faz-se necessário analisá-los sob o viés do acesso universal, ou seja, quem tem direito a essa prestação? A saúde abarca qualquer pessoa ou deve haver restrições a esse acesso universal? O estudo doutrinário nos leva a entender que a universalidade da saúde está ligada à ideia de mão dupla do SUS, o que quer dizer que deve haver uma vinculação entre pacientes e médico do serviço público de saúde. Não há dúvidas de que a Constituição garanta o acesso a todos ao Sistema Único de Saúde. Entretanto, esse acesso universal só é assegurado àqueles que se submetam aos procedimentos do SUS<sup>102</sup>.

---

[a-saude-como-clausula-petrea-e-o-conteudo-deste-direito-medicamentos-e-tratamentos-medicos,48938.html#\\_ftn2](http://a-saude-como-clausula-petrea-e-o-conteudo-deste-direito-medicamentos-e-tratamentos-medicos,48938.html#_ftn2)> Acesso: 28. Out. 2017.

<sup>99</sup> HENRIQUES, Fátima Vieira, op. cit., p.835

<sup>100</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 171. Apud. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In. NETO DE SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais, Fundamentos e Direitos Sociais em Espécie**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 836.

<sup>101</sup> Aqui vale fazer uma referência ao caso da fosfoetanolamina, medicamento com eficácia incomprovada, em fase experimental e sem registro na ANVISA que gerou mais mil liminares, para entrega do medicamento pela USP, por mês. – BUCC, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit, p.32.

<sup>102</sup> SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à Saúde**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf> > Acesso em: 31 out. 2017.

Em caso contrário, se a universalidade fosse entendida como um acesso de todos os cidadãos sem a observância dos protocolos do SUS, esse sistema serviria como complemento ao sistema privado de saúde, beneficiando o paciente com uma receita particular, com recursos públicos de que muitas vezes não necessita. Esse cenário só agrava ainda mais a questão da saúde pública, inviabilizando a distribuição dos recursos a quem de fato necessita.

Com isso em mente, conclui-se que a correta interpretação dos artigos 196 e 198 da Constituição Federal quanto à integralidade não é a da saúde como uma garantia de que tudo possa ser fornecido pelo poder público. Até porque a saúde depende de elementos pessoais e conjunturais. Nesse sentido, a saúde, pelo Estado, pode ser assegurada apenas como um grupo de prestações públicas que a tem como meta, oferecendo para isso medidas preventivas e curativas<sup>103</sup>.

Portanto, o que se extrai com o estudo da integralidade do artigo 198, II, da Constituição, não é do acesso sem restrição, onde tudo é concedido a todos, mas sim, a previsão de uma assistência a todos que se submeterem às políticas do SUS, concedendo-lhe os tratamentos e medicamentos que as políticas públicas abrangem. Ou seja, é o atendimento integral do que se está disponível através das políticas públicas. Posicionamento esse que fica claro pela análise do Reexame necessário n. 08012577320154058100<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Fernando Froés. Op. cit., p. 255.

<sup>104</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PACIENTE COM DIAGNÓSTICO DE CÂNCER DE MAMA, CID10 50.9, ESTÁDIO IV, COM METÁSTASES PULMONARES E ÓSSEAS. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO HERCEPTIN (TRASTUZUMABE). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SITUAÇÃO FÁTICA A NÃO JUSTIFICAR SOLUÇÃO DIVERSA DA INDICADA NA POLÍTICA PÚBLICA ESTATAL CORRESPONDENTE. PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL, DO AGRAVO RETIDO E DA APELAÇÃO DA UNIÃO. 1. A União, o Estado e o Município ostentam legitimidade passiva ad causam para figurar no feito em que se discute a matéria envolvendo fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias, exames e/ou tratamentos de alto custo, haja vista a solidariedade que emerge da exata dicção do art. 196 da Carta Cidadã. 2. **A concretização do direito à saúde se materializa, regra geral, mediante a execução de políticas públicas, de caráter genérico, pelo Legislativo e Executivo.** Entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 - CE. 3. Na espécie, tem-se o quadro de paciente de 74 anos, portadora de câncer de mama, CID10 50.9, estágio IV, com metástases pulmonares e ósseas, motivo pelo qual lhe foi prescrito o tratamento com Herceptin na dose de ataque de 8 mg/kg=616 mg, seguida de 6 mg/kg=462, a cada 21 dias, por período indeterminado. 4. Ausência de demonstração, que se requeria cabal, da impropriedade da política pública existente para fins de tratamento da enfermidade que acomete a autora e de que a

Desse modo, essa atuação que interpreta a integralidade de uma forma distorcida, fornecendo tratamentos e medicamentos que não são regulados pelo poder público, acaba fazendo com que os magistrados descumpram o próprio dispositivo Constitucional que imaginam estar resguardando. Nesse sentido, para Barroso<sup>105</sup> essa judicialização exacerbada acaba por impedir a concretização das políticas públicas e significar, na prática, a não realização da Constituição Federal, especialmente no caso da saúde, como proposto abaixo.

### 2.3 - O problema da Judicialização da Saúde no Brasil

Além da questão paradoxal mencionada acima, o problema da judicialização da saúde surge quando essa concretização de direitos sociais e fundamentais no âmbito da saúde via Judiciário é feita sem observância de cautela, tendo como resultado um gasto de 7 bilhões de reais por ano<sup>106</sup>. Isso se dá pelo aumento da demanda por esse tipo de solução e pela excessiva concessão de liminares nessa seara, conforme mencionado por estudo<sup>107</sup> da INTERFARMA (Associação de Indústria Farmacêutica de Pesquisa), que constatou que “a chamada judicialização da saúde movida somente contra o governo federal cresceu 129% em apenas três anos, acumulando mais de R\$ 1,7 bilhão em despesas”.

A título de ilustração, essa pesquisa aponta como causas do crescimento de ações judiciais na área da saúde: (i) a crise econômica; (ii) o envelhecimento da população; (iii) os cortes no orçamento da saúde de 24 bilhões de reais somando 2015 e 2016; (iv) a

---

paciente se encontra em situação de excepcionalidade e urgência a respaldar a prestação pelo Estado de atendimento diferenciado, não incluído na política desenvolvida pelo SUS. 5. Remessa oficial, agravo retido e apelação da União providos. (grifos do autor).

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª região (quarta turma). Administrativo. Direito à saúde. Apelação reexame necessário n. N. 08012577320154058100. Apelante: União Federal. Apelado: Maria Mendes de Sousa. Relator. Edilson Nobre. Julgamento: 14 jan. 2016.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. Op.cit, p.876.

<sup>106</sup> Freia à judicialização. **Folha de São Paulo**. 27 mar. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/05/1887903-freio-a-judicializacao.shtml>>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>107</sup> BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira**. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

não incorporação de medicamentos (56,3% dos pedidos de incorporação são negados); (v) e deficiências na logística, com medicamentos incorporados nas políticas públicas de saúde que encontram-se em falta nos postos de saúde<sup>108</sup>. Além disso, foi constatado que a Justiça do Rio de Janeiro, concede liminar, em pelo menos 95% dos casos. Cabe observar que do total de ações analisadas, 64% eram relativos a pedidos de medicamentos e os 36% restantes eram relativos a outros produtos de saúde, procedimentos, consultas médicas e outros, sendo que em mais de 90% dos casos os demandantes eram pessoas físicas, contra 10% de autoria do Ministério Público.

Vale reforçar que a judicialização em caso de omissão ou inércia estatal não é objeto de crítica por este presente trabalho. O que se pretende destacar é a utilização abrangente de um direito fundamental e a sobreposição de princípios, que muitas vezes trazem consequências gravíssimas para o setor público. Nesse rumo de ideias, diversas decisões, de forma indiscriminada e sem uma análise macro institucional, são pautadas na dignidade da pessoa humana, sobrepondo o princípio do mínimo existencial à reserva do possível, não concebendo, em hipótese alguma, esse último como óbice à concretização, de forma individual, do direito à saúde. É sob esse viés econômico que a próxima seção será abordada.

### **2.3.1 - A judicialização da saúde sob o viés econômico e o impacto das políticas públicas**

Atualmente, a judicialização da saúde vem sendo feita de forma exagerada, sem observância de pressupostos já estipulados nas políticas públicas de saúde, sem entender que o fornecimento de insumos de saúde, como acesso ao direito de saúde, necessita, para seu funcionamento ordenado, de recursos disponíveis. Assim, a não observância do orçamento disponível para Administração Pública, quando o Judiciário concede o fornecimento de todo e qualquer insumo de saúde, gera crise financeira, uma vez que inviabiliza a organização e o planejamento orçamentário.

---

<sup>108</sup> BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira**. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Assim, ao invés de a judicialização estar promovendo o bem-estar social, na prática, esse processo está levando à redução da efetividade das políticas existentes. Isso porque a Administração Pública ficará impedida de alocar os recursos previamente planejados e aprovados, ficando à mercê do cumprimento de ordem judicial, comprometendo a soberania do orçamento público, em um flagrante abuso de poder.

É sabido que, por mais que a judicialização da saúde tenha vindo com o intuito de minimizar a defasagem do acesso aos serviços de saúde do SUS, ela não solucionou o problema. Pelo contrário, acabou por agravar. Atualmente, vivenciamos um fenômeno de exacerbação dessa judicialização, dando ensejo a decisões nada razoáveis que condenam a Administração Pública a custear medicamentos e serviços que não estão listados nas políticas públicas de saúde<sup>109</sup>, incluindo insumos da medicina alternativa e até mesmo medicamentos em fase experimental. Tudo isso podendo acarretar o colapso da estrutura pública econômica orçamentária, pois os gastos com esses custeios podem ser infinitamente maiores do que os previstos e aprovados pelo Administrativo e Legislativo. Como exemplo, o estado de São Paulo, entre os anos de 2010 e 2014, apresentava um gasto médio anual de R\$ 1 bilhão com ações judiciais, enquanto seu custo total para a assistência farmacêutica em todo o SUS era de R\$ 600 milhões<sup>110</sup>.

Percebe-se que a judicialização de políticas públicas acaba tendo impacto prejudicial na organização financeira do Estado. Primeiro, porque a administração da justiça é onerosa em si (por sua estrutura). A solidariedade consagrada quanto à questão do direito à saúde faz com que o autor pleiteie em face dos três entes da federação. Dessa forma, o Estado custeia três vezes sua defesa, a saber, com os procuradores do município e do estado, e o advogado da União. Além disso, muitos dos processos judiciais, relacionados a pleitos de saúde são abarcados pela gratuidade de justiça, “transferindo” os gastos processuais, mais uma vez, ao Estado. Segundo, porque as diversas decisões judiciais fixam prestações a serem cumpridas pelo Poder Público gerando, obviamente, gastos não previstos no orçamento, desviando para demandas individuais recursos que poderiam ser revertidos em prol dos cidadãos de forma

---

<sup>109</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op.cit., p. 31.

<sup>110</sup> BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática**: Fatos e dados da realidade brasileira. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

uniforme. Nesse sentido, explica Fonte<sup>111</sup>:

“Como se infere do exposto, a ampla judicialização de políticas públicas não é positiva do ponto de vista sistêmico, pois drena dinheiro que já é escasso de atividades-fim do Estado para uma atividade-meio. A administração judicial de políticas públicas provoca o inchamento do Poder Judiciário, causando desvios de verba pública que poderiam ser canalizadas para a melhoria do bem-estar dos cidadãos, se os conflitos fossem dirimidos politicamente. Além disso, as decisões judiciais tendem a resolver os problemas individuais, deixando de contemplar o fato de que as necessidades coletivas demandam soluções uniformes e gerais”.<sup>112</sup>

Em que pese o mandamento Constitucional de caráter programático, o direito à saúde esbarra na escassez de recursos e na escolha de prioridades do administrador público. Associando-se à escassez de recursos na área da saúde e à estreiteza existente entre o direito à vida e o direito à saúde, o cidadão, hoje mais consciente de seus direitos, busca a tutela jurisdicional para ver atendida a sua necessidade de saúde, mediante a propositura de ações, que vão desde aquelas objetivando o fornecimento de remédios, à realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos. Essa realidade tem conduzido o Poder Judiciários à formulação de políticas públicas por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo a atender a pretensão do litigante, quer fornecendo-lhe medicamentos, quer oportunizando a realização de exames, cirurgias e tratamentos.

Diante de uma realidade orçamentária limitada, como é a do Brasil, onde não há condições materiais concretas de garantir o direito à saúde além do programado nas políticas públicas e seus orçamentos, as decisões judiciais que extrapolam os limites orçamentários estão fadadas à inefetividade, o que demonstra haver um problema de executoriedade claro<sup>113</sup>.

A análise econômica do direito defende que as decisões judiciais sejam aferidas através de um juízo “consequencialista”. Logo, a melhor decisão seria aquela que produz os melhores efeitos políticos e não necessariamente a que observa estritamente o ordenamento jurídico. Aqui, o Direito não é entendido com um fim em si mesmo, mas

---

<sup>111</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 193.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. op. cit.

como um meio de realização das necessidades sociais, bem como o da saúde<sup>114</sup>.

Ao conceber as políticas públicas em conformidade com os parâmetros dos direitos fundamentais, o Judiciário impediria a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos, o que só pode ser alcançado através de um cálculo de custo-benefício do insumo de saúde a ser fornecido<sup>115</sup>.

Outro ponto que se faz importante é a observância, na concretização dos direitos por parte do judiciário, do princípio da reserva do possível. Esse conceito teve origem na jurisprudência Alemã<sup>116</sup>, a qual em um caso indeferiu o acesso ao ensino superior sob o argumento de que o acesso aos direitos sociais depende da disponibilidade orçamentária. In casu, a Corte Alemã entendeu que o direito à prestação positiva se encontrava dependente da reserva do possível, entendendo assim, que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

Nessa linha de ideia, rege Sarlet<sup>117</sup> que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. Percebe-se que, de início, a teoria da reserva do possível não estava ligada ao orçamento disponível, mas sim à razoabilidade da pretensão.

Já no Brasil, essa teoria ganhou uma conotação financeira, intimamente ligada com a legalidade orçamentária, na qual a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estariam condicionadas à reserva do que é financeiramente viável ao Estado.

“Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que **a efetivação destes direitos fundamentais se encontra na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado**, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que **constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador**

---

<sup>114</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A judiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos e direitos Sociais em espécie**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 532.

<sup>115</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A judiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. Op. cit., p. 532.

<sup>116</sup> Ibid., p. 526.

<sup>117</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.



**ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas**, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga **ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito**<sup>118</sup>. (grifos do autor).

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”<sup>119</sup>.

Sobre o assunto, o STF<sup>120</sup>, na ADPF 45<sup>121</sup>, posicionou-se no sentido de que esse princípio não pode ser utilizado, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais. O Estado deve provar que está faticamente impossibilitado de cumprir a concretização do direito.

Assim, a concretização, por via judiciária, de um direito sem a observância de um orçamento para que de fato essa seja promovida, apresenta-se como um problema de executoriedade, ou seja, haverá um direito positivado, uma ordem que enseja seu

---

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. 256.

<sup>119</sup> ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 04 maio. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> “Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (...) Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifos do autor)

ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, DJU 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.

cumprimento, mas há de fato um fator impossibilitando seu cumprimento. Mais ainda, é necessário entender que todos os direitos fundamentais têm custos públicos, dando significado à “reserva do possível”, especialmente à escassez de recursos e à necessidade de fazer escolhas alocativas (escolhas trágicas) a partir das possibilidades das finanças públicas<sup>122</sup>.

Quanto à reserva do possível é importante observar que ela possui uma dimensão tríplice: i) a efetiva disponibilidade fática dos recursos necessários à efetivação dos direitos fundamentais; ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; iii) a proporcionalidade da prestação em análise.<sup>123</sup> Além disso, ela está associada a dois vieses, um fático, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional; e um jurídico, que é a existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos.

<sup>124</sup>Essa posição foi corroborada pela decisão do STF na ADPF 45<sup>125</sup>:

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.

Apesar de ser flagrante a ideia da existência de um binômio, até mesmo pelo

---

<sup>122</sup> STF. SL 47- AgR/PE, Relator: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 17 mar. 2010. DJE: 30 abr. 2010. P.9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>> acesso:01.11.2017 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Suspensão de liminar. Agravo regimental. Saúde pública. Agravo Regimental na Suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União; Ministério Público; Município de Petrolina. Relator: Gilmar Mendes. DJE n. 76. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. OLIVEIRA, Fernando Froes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 42.

<sup>124</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 569.

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Intervenção em políticas públicas. Arguição de preceito fundamental 45/MC/DF. Rel. Celso de Mello. DEJ: 04 maio. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

poder judiciário, da razoabilidade da pretensão e possibilidade financeira do Estado, na mesma decisão, o Ministro Celso de Mello deixou claro que esse princípio não pode ser utilizado como forma de escusa do Estado de efetivar os direitos sociais.

Em contraposição a essa decisão, vale salientar que a teoria da reserva do possível está muito associada à ideia de escassez de recursos, que deve ser observada pelo judiciário. Essa escassez deve ser entendida não apenas como o limite total orçamentário que o Poder Público possui para investir na saúde, mas também, como o recurso imediato que precisa ser disponibilizado para concretização daquela decisão judicial. Assim, o magistrado deveria ponderar se o Estado possui recursos suficientes para efetivar o pleiteado na inicial, e só então decidir. Em contrapartida, o Poder Público deve, em sede processual, demonstrar, faticamente, a inexistência de recuso imediato, o que poderia ser averiguado até mesmo por perícia. Essa seria a forma da reserva do possível ser “levada a sério”<sup>126</sup>. Essa posição pode ser observada pelo Julgado do Superior Tribunal de Justiça do Resp. nº 1.185.474/SC<sup>127</sup>.

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível pode ser invocada pelo Estado, mas somente quando houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo alocados e disponibilizados de forma proporcional aos problemas sociais encontrados.<sup>128</sup> Sarmento<sup>129</sup> critica a interpretação da reserva do possível que tolera o possível impacto econômico da pretensão individual do autor no orçamento público existente. Isso porque a análise individual pode levar à conclusão de que a pretensão autoral e seu custo são

---

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. op. cit., p. 43.

<sup>127</sup> “A tese na reserva do possível assenta-se que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não poder ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est*-celso,D.50,17,185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. (...) Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Político, não sendo admitindo que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração”. (grifos do autor)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (segunda turma). Administrativo. Constitucional. Recurso Especial n. 118.5474 / SC. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Humberto Martins. DJE: 29 abr. 2010. RMP vol. 43 p. 269; RSTJ vol. 219 p. 225.

<sup>128</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial, e direitos humanos. Interesse público. Nº 32, julho/agosto de 2005, p. 225. Apud. OLIVEIRA, Fernando Froes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013, p. 45.

<sup>129</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 571.

mínimos perto do contingente orçamentário. Assim, se o parâmetro fosse esse, todas as pretensões individuais seriam concedidas, “ainda que fosse impossível ao Estado conceder o mesmo benefício a todas as pessoas em idêntica situação<sup>130</sup>”.

Dessa forma, se faz necessária uma ponderação pelo Poder Judiciário quanto à exequibilidade da concretização do direito à saúde, uma vez que o Estado possui um recurso limitado, que deve ser respeitado. Não é viável o fornecimento de todo e qualquer insumo de saúde a todos os cidadãos, por uma questão prática orçamentária. Aqui não se discute se o direito social é ou não exigível, mas a necessidade de se estabelecer parâmetros adequados para sua concretização, o que é feito pelas políticas públicas de saúde, ainda que de forma embrionária e muitas vezes falhas. Nesse contexto, a reserva do possível fática deve ser analisada de forma a “ser concebida a razoabilidade de universalização da prestação exigida”<sup>131</sup>. Sob esse viés, Sarmento<sup>132</sup> defende a ideia de que, em suas decisões, o magistrado deve questionar a razoabilidade da decisão de não proporcionar o mesmo tratamento para todas as outras pessoas.

Aqui o que se pretende não é aniquilar a análise casuística do judiciário e a ponderação da singularidade de cada caso. O que se defende é que haja uma isonomia no tratamento de todos que se encontram na mesma situação. Que o orçamento é escasso, disso não há dúvida. Isso posto, a decisão casuística pode piorar a desigualdade permitindo que pessoas com acesso à justiça sejam contempladas com tratamentos caros, que jamais poderão ser fornecidos a todos. Não obstante, se o Poder Judiciário, diante de um cenário precário e ineficaz de acesso à saúde, entender que deve haver uma concretização desses direitos por via judicial, essa deve ser feita respeitando um mínimo de organização Institucional.

Em um cenário ideal, cada ente da federação é responsável pelo fornecimento de um insumo de saúde e para isso disponibiliza políticas e organiza um orçamento dentro de sua competência, cabendo ao judiciário respeitar os limites da competência de cada

---

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. Op. cit p. 571

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 571.

<sup>132</sup> Ibid., p. 571-574.

ente. Uma vez que a dotação orçamentária da saúde possui uma limitação fática estipulada em lei, caberia ao Judiciário uma análise sinérgica de todas as concessões judiciais para verificar se essas conjuntamente não extrapolariam o limite orçamentário. Entretanto, na prática, não é isso que observamos. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 855178, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com repercussão geral, reafirmou a jurisprudência sobre a solidariedade dos entes federados na prestação de assistência de saúde<sup>133</sup>. No caso in tela, foi concedido o medicamento à autora, mediante antecipação de tutela, pelo Estado de Sergipe e com financiamento do valor pela União.

A União argumentou pela violação dos artigos 2º e 198, da Constituição Federal. Alegando que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear medicamentos seria incumbência exclusiva dos órgãos locais. Todavia, os tribunais entendem que a União possui legitimidade passiva e que há solidariedade entre os entes. Para tal conclusão baseiam-se no art. 195 da Constituição.

A imposição, por via judicial, do fornecimento de insumos de forma solidária e sobreposta, como anda ocorrendo, acaba por desorganizar de forma brutal as políticas públicas, orçamentárias e a divisão de atribuições institucionais. O que por um lado pode se apresentar como uma solução para efetivação do direito do cidadão, na verdade representa um conjunto de decisões isoladas que jamais comporá uma política pública. A interpretação do termo “saúde” precisa ser feita de forma restritiva, e não como está sendo feita, de forma ampla e sinônimo de um direito vinculado sem diretrizes de restrição.

O Judiciário, portanto, deve se ater aos limites dos seus poderes. Além disso, intervenção judiciária, quanto às políticas públicas de saúde, mostra-se antidemocrática, uma vez que os juízes não passam pelo crivo do voto, não representando a vontade da maioria da população, ao contrário dos outros dois entes federativos. Diante disso, a atuação do judiciário no campo social representaria a usurpação de competência do

---

<sup>133</sup> Entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, afirma STF. **Notícia STF**. Brasília. 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Legislativo e do Executivo<sup>134</sup>.

É inegável que o judiciário pode atuar de forma a garantir o acesso ao direito à saúde. A crítica que é feita no presente trabalho está restrita ao papel excessivo do judiciário sobre o tema, de forma a interferir na competência dos demais entes federativos. Há uma linha tênue entre uma judicialização antidemocrática e a garantidora de direitos positivados, pois, para que o judiciário atue de forma a assegurar o direito social à saúde, deve-se restringir-se aos parâmetros estipulados nas políticas públicas já positivadas. Ao atuar com base em uma interpretação abrangente do conceito de saúde em suas decisões, que por natureza vincula o Executivo, estará a atuar antidemocraticamente, pois acaba formulando políticas públicas, sobrepondo a sua vontade àquela do poder que a princípio possui competência legal para tal.

Desse modo, pretende-se demonstrar a “colisão de princípios”, onde de um lado está o direito à saúde, à vida e ao acesso à justiça como uma forma de garantia dos direitos, e de outro, os princípios da reserva do possível, do equilíbrio orçamentário e da divisão dos poderes. A questão se torna muito mais complexa quando se entende que o que está em jogo não é a vida de um só indivíduo em face da disponibilidade orçamentária da administração pública, mas de toda uma comunidade que depende desses recursos para uma boa prestação de serviço de saúde e uma política pública efetiva. Uma vez que os recursos são finitos e as demandas inúmeras, a judicialização da saúde interfere negativamente priorizando o atendimento aos reclamantes em detrimento de uma maioria assistida pelas políticas públicas. Assim, o que se defende é a utilização da reserva do possível como um critério de parametrização das decisões judiciais e das tutelas de direitos sociais<sup>135</sup>.

A reserva do possível encontra sua ponderação no princípio do mínimo existencial, que seria a garantia das condições materiais básicas da vida, do que é minimamente necessário para a sobrevivência do indivíduo. A invocação desse direito não pode ser feita de forma abstrata. Os juízes devem analisar as individualidades do

---

<sup>134</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p.520-525.

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 571.

autor ao contrapor esses dois princípios em uma decisão judicial, verificando qual deve prevalecer. Isso porque o que é minimamente necessário a uma pessoa pode não ser à outra. A exemplo, o fornecimento de um medicamento certamente integra o mínimo existencial de quem o necessita para sobreviver e não possui recursos suficientes para custeá-lo, custando-lhe a vida. Todavia, o mesmo medicamento está fora do escopo do mínimo existencial do paciente que possua recursos financeiros para custeá-lo, sem que isso gere prejuízo para a sua vida digna, significando apenas uma redução em seu patrimônio. Assim, para invocar o mínimo existencial sobre a reserva do possível é necessário entender até que ponto a omissão estatal se apresenta como uma questão vital ao titular do direito<sup>136</sup>. Ou seja, o juiz deve procurar entender até que ponto há necessidade de o Estado custear o medicamento, o quanto isso é vital ao autor e qual seria a consequência da omissão estatal para ele, e ainda, levar em consideração se isso afetaria o seu mínimo existencial ou seu patrimônio.

Portanto, o mínimo existencial apresenta-se, juntamente à reserva do possível, como parâmetro necessário para as decisões judiciais. Em uma ordem em que as condições financeiras dos autores são diferentes e em um ordenamento jurídico com recursos financeiros escassos, não se pode conceber, através de ordens judiciais, a realização de despesas pelo Estado como um campo livre.

Indo além, outra problemática a ser apresentada é o fato de que a constante intervenção Judiciária nas políticas públicas, com intuito de concretizar o direito de acesso à saúde, acaba por inviabilizar a organização institucional<sup>137</sup> porque ao invés de a Administração pública se dedicar ao planejamento e à execução das Políticas Públicas de Saúde, os administradores acabam por se dedicar a atender demandas individuais em forma de decisões judiciais. Essa questão fica ainda mais séria quando deflagramos, em uma mesma lide, a condenação, no polo passivo, de diversos entes da federação para o fornecimento de um mesmo insumo de saúde. Tal fato impossibilita a organização institucional das políticas públicas, em sua abrangência de fornecimento, visto que o planejamento, ao longo prazo, será totalmente irrelevante diante de uma demanda

---

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. Op. Cit. p. 577.

<sup>137</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 525.

individualizada e consolidada por meio de concessão judiciária de direito, responsabilizando aleatoriamente um ente da federação para concretização desse direito.

Ainda sobre o assunto, verifica-se, constantemente nas decisões judiciais, a prevalência do direito de um indivíduo, que não se encontrava regularmente cadastrado na política pública, sobre aquele que assim o fazia. Isso se torna cada vez mais evidente em decisões que concedem uma internação na UTI de hospital público ao cidadão que ingressou em juízo. Nesse caso, o administrador, diante de um cenário orçamentário e uma estrutura de fornecimento de saúde escasso, se vê obrigado a “optar” pela retirada de um paciente já internado, às vezes em estado mais grave, para o cumprimento de uma ordem judicial.

A essa perspectiva da judicialização como um problema de ordem econômica, com impacto nas políticas públicas<sup>138</sup>, adiciona-se a falta de expertise técnica do judiciário, que compromete ainda mais o sistema de saúde. De fato, o judiciário, por exemplo, não sabe se um medicamento é realmente necessário, e quando se faz necessário, se há alternativas terapêuticas, o que desagua que tal fator não é levando em conta para sua decisão. Condutas assim acabam privilegiando políticas públicas voltadas à individualidade, em detrimento daquelas políticas públicas que objetivam abarcar a coletividade. Em outro aspecto, o Executivo detém capacidades institucionais para tomar essa decisão, já que é sua competência típica efetivar tais políticas públicas. Essas decisões exigem uma capacidade decisória complexa, com uma análise mais ampla social, a qual o processo judicial não consegue alcançar.

Essas decisões complexas refletem não só na elaboração das políticas públicas, conforme mencionado, mas também suas atualizações. É exigido da administração pública, na tomada dessas decisões, que haja a comprovação das evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento. Bem como a comprovação dos benefícios e do custo às tecnologias já incorporadas ao SUS quanto se trata de atualização, tudo através de estudos de avaliação econômica. Isso porque, embora as inovações terapêuticas ocorram atualmente em grande velocidade, é inegável a escassez de recursos dos orçamentos da saúde pública. Nessa perspectiva pública, é necessária uma compreensão ampla orçamentária, além de técnica, uma vez que o

---

<sup>138</sup> DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. Op.cit., p. 529.



fornecimento de medicamento vê o custo unitário como multiplicado pelo tamanho da população com determinada patologia, considerando a dimensão coletiva<sup>139</sup>, diferentemente da atuação judiciária que “enxerga” uma prestação individualizada.

As listas de medicamentos certamente não atuam como a melhor solução para a totalidade de doenças e pacientes, caso se considere a perspectiva individual dos interessados. Não há dúvida de que a questão da saúde é desafiadora ao operador do direito quando se pondera a questão de justiça, seja esse operador integrante do Poder Executivo ou Judiciário, diante do problema de escassez orçamentária. Entretanto, a judicialização massiva, como ocorre atualmente, não parece ser a solução porque oculta o problema e acaba por contribuir com a injustiça (ainda mais quando leva-se em consideração que há um filtro do acesso à justiça que torna o caso do acesso à saúde ainda mais desigual<sup>140</sup>).

Outro problema da judicialização que também reflete na questão orçamentária é a concessão indiscriminada de liminares. Esse fato permite que o autor alcance o que pleiteou antes mesmo que a outra parte (nesta análise, a administração pública) possa se manifestar. Com isso, o poder público é condenado a custear prestações de saúde, o que pode acarretar em mais problemas, como verificado abaixo.

### **2.3.2 - O problema das tutelas de urgência de saúde, a teoria da escolha trágica e a visão unilateral do judiciário**

Um dos maiores problemas da judicialização da saúde se refere às liminares concedidas em casos de tutela de urgência, como pode ser percebido por estudo feito pela INTERFARMA<sup>141</sup>. Segundo esse estudo, apenas 5% das liminares são negadas. O volume de ações é consequência direta da prática reiterada do Poder Judiciário deferir facilmente a antecipação de tutela, fazendo desse caminho o mais curto e com o menor número de recusa para efetivação do direito à saúde ao paciente que, em muitos casos, desconsidera a ilegitimidade do pedido ou sua real urgência.

---

<sup>139</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit., p. 56.

<sup>140</sup> Ibid. p. 58.

<sup>141</sup> BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira**. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Isso pode ser verificado em pesquisa realizada pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro em 2009, pelo Procurador Rodrigo Mascarenhas<sup>142</sup>, que identificou uma demora média de 30 dias entre a procura da Defensoria Pública pelo cidadão e a chegada do mandado de citação na Procuradoria do Estado. Todavia, o deferimento da liminar ocorria em 24 horas. Assim, foi vista como questionável a urgência da maioria dessas medidas, ainda mais quando se constatou as tutelas que apresentavam real urgência eram as demandadas nos plantões.

Com isso percebe-se que há uma banalização dessas tutelas de urgência e o cenário só piora quando identificado em 2010, por exemplo, pela professora Vera Pepe, que em uma amostra de 185 processos, 100% tiveram a concessão de liminar, sendo que desses, 80% tratavam de medicamentos que não estavam elencados nas listas do SUS<sup>143</sup>. Corroborando com esse estudo Dalarri e Marques<sup>144</sup> verificaram que o Estado é condenado, em medida liminar, a fornecer medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quanto a medicamentos que não possuíam registro na ANVISA (9,6% dos casos analisados). As autoras, ainda, verificaram que 100% dos processos são demandas individuais e desses 74% requerem medicamentos de laboratórios específicos.

No Brasil, o gasto com a judicialização da saúde subiu 500% entre 2010 e 2014, somando R\$ 2,1 bilhões nesse período, segundo o Ministério da Saúde. O Estado de São Paulo já gasta em média R\$ 1 bilhão por ano com ações judiciais enquanto seu custo total para a assistência farmacêutica em todo o SUS é de R\$ 600 milhões. Estudo do perfil dessas ações pelo Estado de São Paulo mostram uma predominância de prescrições inadequadas com precária justificativa clínica e probatória, sem solicitação administrativa prévia, 70% oriundas de prescrições particulares, desconhecimento dos médicos do CONITEC e do RENAME, 24% pedem marcas específicas, 90% não listados pelo SUS e 5% não possuem registro da ANVISA.<sup>145</sup>

O estudo feito pela INTERFARMA demonstrou que nos processos judiciais há

---

<sup>142</sup> Informação obtida na palestra ocorrida no dia 20 de outubro de 2017, na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>143</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit p. 66.

<sup>144</sup> DALARRI, Sueli; MARQUES, Silvia Bandim. Apud. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit. p. 67.

<sup>145</sup> BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira**. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

uma predominância por prescrições inadequadas, baseadas em justificativas clínicas e probatórias precárias, sem solicitação administrativa prévia da prestação que se pretende alcançar. Contudo, os juízes continuam concedendo liminares.

Os estudos apontam ainda que as decisões que condenam o Estado desconsideram as políticas existentes do SUS. Esse fato se deve a um sistema normativo fragmentado, com listas mutáveis, que dificultam a compreensão da natureza executiva desse direito fundamental. O autor, diante de uma política que não lhe esclarece a abrangência de seu direito e de qual ente deve demandar, aciona o judiciário como via mais célere de concretização do direito à saúde. O Judiciário, por sua vez, tendo que trabalhar com normas fragmentas, com alto nível de complexidade e diante de um cenário no qual a inobservância das políticas públicas não os gera qualquer consequência, defere a liminar. Ou seja, ao optar pela aplicação imediata e direta do preceito constitucional do direito à saúde, é concedida uma “carta branca” aos juízes para as decisões judiciais, sob o argumento da autoaplicabilidade das normas constitucionais quanto a direitos por um lado, diante de um direito à saúde que lhe parece em abstração sem forma, pois muitas vezes desconhece as políticas sanitárias que concretizam esses direitos<sup>146</sup>, e de outro, diante de um caso concreto, frente à responsabilidade da vida de um indivíduo, dilema esse que pode ser melhor entendido sob a ótica das Teoria das escolhas Trágicas.

A Teoria das Escolhas Trágicas deve ser entendida com base nas escolhas alocativas que devem ser feitas a fim de atender os anseios da coletividade, mesmo que em detrimento do que galga o indivíduo. Como vimos anteriormente, a satisfação de direitos fundamentais, como o da saúde, demanda recursos que são finitos (escassos)<sup>147</sup>, pois não há recurso suficiente para satisfazer a todos. Com isso, verifica-se a necessidade de ponderação de onde esse recurso será alocado, as chamadas escolhas alocativas. Essas escolhas abarcam questões de muita complexidade moral, pois, quando relacionada à saúde, por exemplo, a escolha alocativa estará sempre negando a alguém um recurso que lhe é vital<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice seixas. Op. cit., p. 68.

<sup>147</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critério Jurídico para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas.** 2 ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

<sup>148</sup> Ibid., p. 95.

De qualquer forma, o que deve prevalecer em se tratando das escolhas alocativas (escolhas trágicas), é que, em um cenário de escassez orçamentária, nem sempre será possível atender a todos, gerando um conflito entre direitos vigentes, que deve ser ponderado e resolvido pelo administrador público. Diante desse cenário, é necessário que o Estado opte pelo direito a ser resguardado, fazendo com que a “escolha trágica” se configure na opção do administrador em alocar um recurso na concretização de um direito em detrimento de outro, devendo, então, adotar critério de macro-justiça para esta decisão. Isso deixa bastante evidente a inapetência do judiciário para tomar tais decisões, uma vez que a decisão alocativa não poder ser feita pelo ente que tem uma visão da micro-justiça como prioritária, sendo imperioso que essa permaneça no âmbito do Executivo<sup>149</sup>.

O entendimento da Teoria das escolhas Trágicas se faz necessário porque corrobora com o que prevê este trabalho acerca da inadequação da judicialização como forma de garantia da saúde como direito fundamental, uma vez que ressalta a necessidade de atuação do Legislativo e do Executivo em um contexto de priorização da macro-justiça, além de reforçar a importância de se ater ao caráter democrático da perspectiva coletiva no que tange às políticas públicas, em oposição à unilateralidade das decisões judiciais, como restará claro.

Nesse contexto, outro problema surge em relação à questão das liminares: na maioria das vezes, a decisão do magistrado se pauta em uma avaliação unilateral do médico do autor, que junta a receita médica aos autos do processo. Ou seja, as liminares são dadas sem que o juiz tenha tempo para examinar materialmente a questão, fazendo com que não seja examinado ferozmente o mérito da questão, já que é preciso respeitar a urgência do pedido. Dessa forma, a decisão é tomada em caráter liminar e satisfativo, e o requerente já se encontra na posse do medicamento<sup>150</sup>. Posteriormente, em sede de sentença, a fundamentação singela que foi apresentada para embasar a liminar é reiterada, fazendo com que a questão seja analisada de forma superficial. Então o medicamento é fornecido sem que haja qualquer manifestação do Réu, Estado, inviabilizando-o de apresentar medidas de tratamento do SUS alternativas às pleiteadas,

---

<sup>149</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 97.

<sup>150</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. Cit. p. 69-72.

às vezes desconhecidas pela parte ou até mesmo pelo magistrado. Com isso, há a concessão de um medicamento, ou em casos mais graves, de procedimentos cirúrgicos, sem uma perícia, sendo a decisão pautada única e exclusivamente em um laudo médico parcial, e nem sempre de funcionários do Sistema Único de Saúde<sup>151</sup>.

Assim, diante desse cenário de judicialização cada vez mais crescente e de uma concessão indiscriminada de medidas liminares, acaba-se por condenar a administração pública antes mesmo que ela possa dispor de seu contraponto à prestação de saúde, no curso do processo. Isso, como visto anteriormente, vem gerando gastos absurdos aos cofres públicos e torna urgente a necessidade de criação de parâmetros para nortear as decisões judiciais, como será exposto no próximo capítulo.

---

<sup>151</sup> Um bom exemplo que serve de alerta para o problema da judicialização e tutelas de urgência está relacionado aos casos que envolvem a fosfoetanolamina, pílula que se acreditava curar o câncer. Nesse caso, entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo recebeu cerca de 13 mil medidas liminares para entrega da substância que não possuía registro na ANVISA. BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. Cit. p.31.

### 3. A TENTATIVA DE REVERTER A JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização das políticas públicas apresenta-se como um problema para toda a sociedade e para os três poderes, como demonstrado acima. Dessa forma, o interesse em solucionar tal questão não é apenas do Executivo, mas sim dos três entes federativos, bem como da população. Pra tal, vislumbram-se como melhores alternativas o diálogo institucional, e a criação de parâmetros para limitar a atuação judiciária, conforme veremos adiante.

#### 3.1 - A atuação do poder do executivo como tentativa de frear a judicialização epidêmica

A judicialização das políticas públicas, como já exposto anteriormente mais especificamente no caso da saúde, inviabiliza a organização orçamentária do Poder Executivo (ao fazer com que as escolhas orçamentárias alocativas não possam ser cumpridas) e o funcionamento das políticas públicas existentes. Diante desse cenário, o Executivo constatou a necessidade de interferir de alguma forma para tentar solucionar esse problema.

Com efeito, em 2011, diante da judicialização demasiada, que acredita ser resultado de uma interpretação equivocada pelo Poder Judiciário da expressão “assistência integral”, o Poder Executivo vê a necessidade de organizar melhor as políticas públicas. Assim, ocorre a edição de diversas normas infralegais e da alteração da lei 8.080/90, como tentativa de organizar a assistência farmacêutica, por meio da revalorização do RENAME<sup>152</sup>. Sobre o assunto, vale expor as palavras do ilustre Alexandre Nascimento, acerca das medidas de reforma da assistência farmacêutica:

“Na Lei Orgânica da Saúde, a integralidade aparece expressamente como um dos princípios do SUS e é considerada uma conquista de direitos da população brasileira, apesar de que do ponto de vista epistemológico, o termo ainda carece definição e limites precisos, compreendido conforme as interpretações constitucionais e moldado de acordo com a instituição das políticas públicas.”<sup>153</sup> (grifo do autor)

<sup>152</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit, p. 49.

<sup>153</sup> NASCIMENTO, Alexandre et. al. Avanços e perspectivas da RENAME após novos marcos legais: o

A solução, assim, foi o projeto de Lei n. 12.401/11, que adicionou um novo capítulo à Lei 8.080/90, dispondo sobre a assistência terapêutica integral, no intuito de esclarecer esse termo quanto ao alcance da integralidade do SUS. Para entendermos a mudança, faz-se necessário analisarmos o dispositivo legal 19-M<sup>154</sup>, que passou a disciplinar a “assistência terapêutica integral”, com intuito de esclarecer o conteúdo de sua abrangência<sup>155</sup>. Percebe-se pela análise desse artigo que as medidas reguladoras ainda possuem um escopo amplo, procurando responder, em certa medida, à amplitude das decisões judiciais que vinham deferindo de forma demasiada de fraldas a leitos hospitalares<sup>156</sup>. Percebe-se, também, a preocupação do legislador em positivar a necessidade de que os tratamentos de saúde sigam os protocolos e as diretrizes do SUS. Com isso, fica mais do que evidente a preocupação do poder Executivo com a proliferação demasiada de decisões que concedem medicamentos, tratamentos e até “itens de saúde” que não estão abarcados nas políticas de saúde, como por exemplo, fraldas. Devido às consequências disso para o erário, busca-se com esses novos dispositivos, restringir essa atuação em certa medida, fazendo com que a integralidade seja percebida pelo viés que lhe é de origem, o sanitário.

A preocupação do legislador com a judicialização e a interpretação que o Poder judiciário dá aos termos dos dispositivos é clara. Isso porque se percebe que a tentativa de restringir a interpretação ampla e dar “significado” às expressões se perpetua por outros dispositivos normativos. Como exemplo, temos o termo “integralidade”, que, como vimos anteriormente, é muito associado pelo Judiciário e pelos próprios usuários a ideia de “tudo a todos”. Conquanto, ao analisarmos os artigos 2º<sup>157</sup> e 28<sup>158</sup> do Decreto

---

desafio de contribuir pra um SUS único e integral. **Revista eletrônica gestão e saúde**, v.6, supl.4 out. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s1413-81232010000900031&lng=em&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1413-81232010000900031&lng=em&nrm=isso)>. Apud. BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas op. cit. p. 50.

<sup>154</sup> “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

<sup>155</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. Cit. p. 50.

<sup>156</sup> Ibid.. 51.

<sup>157</sup> “Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se: VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a

n. 7.508/11, observa-se a preocupação do legislador em elencar o alcance do “acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica”<sup>159</sup>, que como pode ser percebido, está vinculado à RENAME<sup>160</sup> e aos protocolos do SUS, evidenciando a tentativa do legislador de restringir essa integralidade. Aliado a isso, nos artigos 2º<sup>161</sup>, 28 do Decreto n. 7.508/11, mostra-se uma tentativa de definir o que o legislador originário quis dizer com o “acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica”<sup>162</sup>.

Além disso, percebe-se, a partir de 2011, uma maior preocupação do Executivo em fazer uma revisão periódica das listas de medicamentos para incorporação, exclusão ou alteração dos medicamentos do SUS, fixando ainda um prazo de dois anos para as alterações periódicas, não apenas na RENAME, mas também da RENASES<sup>163</sup>, do Formulário Terapêutico Nacional e dos PCDT. Outra inovação do poder Executivo que demonstra a preocupação em regulamentar a situação da judicialização da saúde é a criação de uma instância responsável pela avaliação de tecnologia em saúde, a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS), que foi regulamentada pelo Decreto n. 7.646/11<sup>164</sup>.

Nesse sentido, é importante reconhecer o movimento de mudança e a tentativa executiva em alterar esse cenário e com isso diminuir a judicialização da saúde. Mas é essencial entender que para que isso efetivamente ocorra é necessário que haja uma pressão social que incentive os poderes que dependem de voto a mudar as políticas

---

integralidade da assistência à saúde;”

<sup>158</sup> “Art. 28 O **acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe**, cumulativamente: I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS. § 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem. § 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.” (grifos do autor)

<sup>159</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit. p. 51.

<sup>160</sup> Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

<sup>161</sup> “Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se: VI - Rede de Atenção à Saúde - conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;”

<sup>162</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit., p. 51.

<sup>163</sup> Relação Nacional De Ações e Serviços De Saúde.

<sup>164</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. Cit., p. 52.



públicas de saúde. Logo, a judicialização demasiada apresenta-como inimiga, pois retira a pressão social do Poder Executivo, uma vez que a população vem conseguindo tudo através da interpretação ampliativa que os dispositivos vêm adquirindo.

Como exposto, a questão da judicialização vem trazendo consequências sociais, institucionais e econômicas a todas as instituições e inclusive à sociedade. Nesse contexto, é inevitável verificar que a preocupação com esse fenômeno não seja exclusiva do Executivo, transbordando, também para judiciário. Assim, o que se pretende deixar claro neste trabalho é a necessidade de criação de parâmetros para a atuação judicial, para que o acesso à justiça possa ser um real meio de efetivação de direito e não um agravante no problema da saúde, o que será corroborado a seguir.

### **3.2 - A criação de parâmetro à atuação judiciária**

A preocupação apontada anteriormente, por parte do Poder Executivo e do Legislativo para com a atuação judiciária, em questões relacionadas à saúde e ao crescente número de processos judiciais, também é verificada pelo próprio Poder Judiciário. Com isso em mente, esse poder verificou a necessidade de criar parâmetros que diminuíssem a atuação judicial, ou ao menos, criasse limites à sua atuação. Em 2009 foi realizada a Audiência Pública nº4 no STF, na qual o Poder Judiciário viu a necessidade de se mobilizar a fim de buscar critérios mais racionais para suas decisões<sup>165</sup>. Com efeito, para que esse cenário não se configure uma epidemia no judiciário brasileiro, é necessário que haja uma otimização das decisões, utilizando critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem ação judicial na esfera das políticas públicas de saúde.

Nesse contexto, o dever jurídico de atuação começa quando há uma omissão dos Poderes Públicos, ou seja, quando ocorre uma ação que contravenha à Constituição ou que não atenda o mínimo existencial, como preconiza Barroso<sup>166</sup> em artigo. Isso porque o papel do Poder Judiciário é de resguardar os direitos fundamentais e o respeito ao

---

<sup>165</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op.cit., p. 61.

<sup>166</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** Op.cit.

ordenamento jurídico,<sup>167</sup> como já visto. Todavia, mesmo que o Judiciário esteja em seu dever de atuar, essa atividade judicial deve agir com parcimônia, devendo respeitar as opções legislativas e administrativas desses órgãos. Assim, para o doutrinador mencionado, a atuação interventiva judiciária é legítima “onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição”, ou quando há leis e ação administrativa, mas estas estão sendo descumpridas<sup>168</sup>.

De maneira razoável, Barroso<sup>169</sup> tenta racionalizar o problema da judicialização, buscando a elaboração de parâmetros e critérios para justificar a atuação de forma legítima do judiciário no campo das políticas públicas. Isso porque o judiciário não pode deixar de atuar tutelando direitos fundamentais. Contudo, “não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo, a pretexto de promover direitos fundamentais de uns, causando lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos”<sup>170</sup>.

Diante disso, como forma de evitar uma crise econômica e institucional, o Judiciário deve cessar a concessão de todo insumo de saúde sem uma verificação de custo benefício. Afinal, ao invés de promover o bem-estar social, ou seja, a efetivação das políticas de saúde já existentes, esse ente federativo promove uma concessão de direito individual que acarreta um impacto negativo dessas políticas, como verificado em seção anterior neste trabalho. Essa questão é de tamanha relevância que já foi analisada pelo STF, tendo sua repercussão geral reconhecida, no Recurso Extraordinário 566.471/RN<sup>171</sup>, onde é questionado se uma demanda individual pode, sob o ângulo do alto custo, colocar em risco a assistência global da saúde para toda a sociedade<sup>172</sup>.

As decisões judiciais, quando diante de um cenário orçamentário escasso, como

---

<sup>167</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Op.cit., 890.

<sup>168</sup> Ibid.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Ibid. p. 876.

<sup>171</sup> O processo ainda está pendente de julgamento tendo apenas a sua repercussão geral filmada. O caso trata de paciente que precisa de medicamento para tratamento de doença pulmonar, não previsto na relação de remédio de alto custo fornecido pelo SUS.

BRASIL, STF – decisão monocrática. Repercussão Geral no Recurso no Recurso Extraordinário n. 566471/RN – recte: Estado do Rio Grande do Sul. Recdo: Carmelita Anunciada de Souza. Rel. Min. Marco Aurélio. Votação Unanime. 15 nov. 2007.

<sup>172</sup> GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 189.

é o brasileiro, apresenta-se ineficaz, inexecutável e não abarca os direitos sociais em toda sua extensão. Desse modo, conclui-se que a solução à desordem orçamentária causada por uma concessão demasiada deve se apresentar na restrição do judiciário em conceder insumos que se encontram positivados nas políticas públicas de saúde já existentes. Isso porque para que essas fossem consolidadas, estudos foram devidamente feitos com respaldo no princípio da reserva do possível e na teoria das escolhas trágicas<sup>173</sup>. Assim, fica claro que por mais precárias que as políticas se apresentem a sociedade, essas são o que se tem de mais próximo do efetivo acesso justo e homogêneo à saúde.

Dentro dessa lógica, verifica-se a necessária busca pela criação de parâmetros e jurisprudências para a atuação judicial, conforme sugerido na próxima seção.

### **3.2.1 - Parâmetros e jurisprudências para as novas decisões judiciais**

Desde meados da década de 90, percebe-se um consenso acadêmico acerca da aplicabilidade direta do dispositivo que rege sobre a saúde e da justiciabilidade, em ações individuais desse direito. Porém, esse consenso pouco avançou em relação aos parâmetros para o deferimento de medicamento nas decisões judiciais, sendo essa falta de parâmetro uma das causas da judicialização excessiva<sup>174</sup>.

A cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição atribui ao Poder Judiciário a incumbência de criar balizas para a solução dos difíceis casos concretos que discutem o direito à saúde. O caráter uniformizador da jurisprudência dos tribunais superiores criou, na consciência judiciária brasileira, uma espécie de normativa a ser seguida para as ações que tratam do tema<sup>175</sup>. Por isso, se faz necessário estudar a jurisprudência do STF e STJ, como será feito a seguir.

---

<sup>173</sup> O estado dispõe de um valor determinado para arcar com os direitos do cidadão de forma universal. No caso da saúde deve dispor de valores variáveis em função da necessidade de cada indivíduo, ou seja, gastar mais com quem mais precisa o que envolve critério de políticas distributivas. Ibid. p. 187

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos, e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Rio de Janeiro, n. 34, p. 11-43, 2009. Apud. FERREIRA, Vanessa Rocha; MAGALHÃES, Breno Baía. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. **JOTA**. 16 jan. 2017. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017> >. Acesso em: 16 nov. 2017.

<sup>175</sup> BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde – revolução rumo à racionalidade. **Revistas USP**. São Paulo v.16. Mar./jun. 2015. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso 13 nov. 2017.

Percebe-se que a jurisprudência veio, ao longo dos anos, mudando drasticamente. A primeira posição que se percebe tanto do STJ quanto do STF firmam interpretações no sentido de obstar a reclamação judicial do direito à saúde. Isso porque esses tribunais argumentavam que as políticas públicas sanitárias estariam submetidas a critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública<sup>176</sup>, não cabendo, portanto, interferência daquele poder. Em momento posterior, a jurisprudência passou a ter uma postura mais permissiva, entendendo que o direito a saúde abarcava tudo a todos, concedendo quase que a totalidade das demandas, sob uma ótica de resguardo da dignidade da pessoa humana. Atualmente, a jurisprudência dominante, em ambos os tribunais tem observado critérios mais equilibrados, postos pelas políticas públicas sanitárias estabelecidas, mas sem se eximir de questões especiais, graves e específicas que não são abarcadas nas políticas públicas, ponderando no caso concreto a real necessidade de fornecer o tratamento. Assim, passamos a analisar três momentos distintos do judiciário brasileiro e suas mudanças jurisprudenciais.

O primeiro momento se dá no início da década de 1990, mais especificamente em 1996, com o julgado do STJ Mandado de segurança n. 6564/RS<sup>177</sup>. Nesse caso, a

---

<sup>176</sup> BALESTRA NETO, Otávio. Op. Cit.

<sup>177</sup> “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE - PROTEGE UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, ‘OU NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA’, POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” - DEVER DE SAÚDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, O PONÍVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUÍZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES”. NO SISTEMA JURÍDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.” (STJ, RMS 6564/ RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448)

impetrante alegava a necessidade de obter um marca-passo importado a um custo de 50 mil dólares. A segurança foi denegada. O relator argumentou pela falta de previsão legal para assegurar tal custeio, e ainda, que as normas garantidoras do direito à saúde tinham natureza programática<sup>178</sup>, necessitando, para sua eficácia, de regulamentação. Ademais, o magistrado levantou a discussão acerca da questão orçamentária, regendo em sentido de ser impossível a realização de despesa sem que houvesse autorização orçamentária. Logo, percebe-se que, em uma primeira fase, imperava no tribunal a ideia de que a saúde devia ser concedida por meio de políticas públicas e que a concessão do direito prestacional encontrava óbice na questão orçamentária<sup>179180</sup>.

A segunda fase começa em 2000, tendo como característica marcante a emancipação do princípio da dignidade da pessoa humana como norteadores dos julgados e dos direitos sociais, e como precedentes marcantes dessa geração o Recurso Extraordinário n. 195.192/RS e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, ambos do STF, e o Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/RS, do STJ.

No RE 195.192/RS<sup>181</sup> discute-se o custeio de um medicamento importado. O

---

<sup>178</sup> Normas programáticas são normas de eficácia limitada que veiculam políticas públicas ou programas de governo, como o resultado de um compromisso assumido pelas Constituições dos Estados contemporâneos. A aplicabilidade plena dessas normas depende de normatividade futura, com base na qual o legislador infraconstitucional, integrando-lhes a eficácia, dê-lhes capacidade de execução daqueles interesses visados”. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 164. Aapud. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde – revolução rumo à racionalidade. **Revistas USP**. São Paulo v.16. Mar./jun. 2015. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso 13 nov. 2017

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Pensamento esse que se irradiou para os demais tribunais do Brasil, como pode ser percebido pelo julgado do Tribunal de justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 1994.001.01749. no voto da Relatora Des. Carpena Amorim. “Medida cautelar inominada destinada ao fornecimento de remédio de alto custo indispensável para a sobrevivência de pessoa com deficiência renal. Dada a carência de recursos não pode o Estado privilegiar um doente em detrimento de centenas de outros, também carentes, que se conformam com as deficiências do aparelho estatal. Não pode o Poder Judiciário, a pretexto de amparar a autora, imiscuir-se na política de administração pública destinada ao atendimento da população. Manutenção da sentença”. TJRJ, j. 20.9.94, Apelação Cível 1994.001.01749, Rel Des. Carpena Amorim.

<sup>181</sup> “MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60).

recurso não chegou a ser reconhecido pelo ministro relator Marco Aurélio<sup>182</sup>, mas esse teceu importante comentário que ilustra a posição do tribunal à época. Nesse momento, pode ser observada uma mudança de posição do tribunal no sentido de que as questões orçamentárias não podem ser óbice à concretização do direito à saúde. O STJ se posicionou da mesma forma em relação ao Mandado de segurança n. 11183/PR (anexo 2), no qual o impetrante pretendia o fornecimento de medicamento para tratamento neurológico. Nesse, alega-se a preponderância do direito à vida e do mínimo existencial à reserva do possível.

Faz-se imperiosa a análise do AgRg RE 271.286/RS (anexo 3), que serviu reiteradamente como fundamento para diversas decisões, tratando a questão com mais profundidade. Nesse, discutiu-se questões de extrema relevância, como a solidariedade entre os entes no fornecimento de medicamentos. Além disso, posições importantes foram delimitadas e pontuadas. O ministro Celso de Mello firmou no sentido de que o direito à saúde, por ser um direito por essência fundamental, cria um dever para o Estado de estabelecer políticas públicas para seu resguardo:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional<sup>183</sup>.

Percebe-se, na análise desse julgado, que começa a surgir uma ligação do direito à saúde com o mínimo existencial e um posicionamento no sentido de intolerabilidade de omissão estatal, bem como da tentativa do poder público de se eximir de suas obrigações respaldando-se na questão orçamentária. Aqui o direito à saúde foi ampliado de forma distorcida, sob o viés da integralidade, sendo concedido “tudo a

---

<sup>182</sup> No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente. (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60).

<sup>183</sup> STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101. Apud. BALESTRA NETO, Otávio. op.,cit.

todos” com respaldo na dignidade da pessoa humana<sup>184</sup>.

O terceiro momento tem como marcos importantes MS 9995/DF do STJ, o SS 3073/RN-STF e o STA 175, sendo esse último o grande julgado que envolve o tema do direito à saúde após a já referida audiência pública. No Mandado de segurança 9995/DF do STJ já começa a ser percebida a mudança de raciocínio do tribunal. Isso porque, no caso em análise, a demanda referia-se a um tratamento médico que não possuía eficácia comprovada e tão pouco aprovação do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, denegando assim a Ministra relatora, a segurança. Não obstante, essa segurança não foi denegada por unanimidade, o que demonstra que a mudança de pensamento do tribunal não era unânime e que a questão da saúde é sensível. Nesse mesmo julgado, o ministro Luiz Fux, por exemplo, invocou o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte ampliadora do direito a saúde, visando promover uma “solução mais justa”<sup>185</sup>.

No caso da suspensão de segurança 3073/RN, discute-se a possibilidade de custeio pela Administração Pública de tratamentos em fases experimentais, sendo entendido pela presidente à época, Ellen Gracie<sup>186</sup>, que tal custeio se apresentaria como uma lesão à ordem pública, uma vez que esse não estaria previsto na lista do SUS.

Outro julgado importante na jurisprudência foi o STA 175<sup>187</sup>. As experiências

---

<sup>184</sup> BALESTRA NETO, Otávio. op.,cit. p. 102.

<sup>185</sup> “Sou um perseverante escudeiro da dignidade da pessoa humana, dos valores imanentes à vida e à esperança do ser humano. Creio que é a nossa tarefa diuturna. De sorte que – mais uma vez parabeno a Sra. Ministra Eliana Calmon e até, de antemão, já havia pedido seu voto, porque há casos e casos –, e na dúvida, devemos opinar exatamente pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado, máxime porque, muito embora haja total juridicidade na parte do voto, **que esclarece a respeito da socialização da Medicina e da impossibilidade de o País atender a todos, mais uma vez, entre o direito e a justiça, ficarei com a solução que considero mais justa**”. STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004

<sup>186</sup> STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21.

<sup>187</sup> “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010).

obtidas na audiência pública sobre direito à saúde se refletem nesse julgado<sup>188</sup>, no qual foram estabelecidos parâmetros que sinalizavam direções a serem seguidas pelo judiciário e pela própria suprema corte. Assim, estipulam as diretrizes a orientar o exame judicial<sup>189</sup>, cujo primeiro ponto a ser analisado é a existência, ou não, de uma política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nessas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente. Se a prestação de saúde pleiteada não tiver abarcada em uma política do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de: (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) de uma decisão administrativa de não fornecer; ou, (iii) de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão administrativa, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, assim é vedado à Administração fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. O segundo ponto a ser observado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nessa hipótese podem ocorrer duas situações: a primeira é a possibilidade do fornecimento de tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; o segundo é se o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

Nesse julgamento ficou evidente a posição do tribunal no sentido de mesmo que em alguns casos haja tratamentos experimentais (sem comprovação de eficácia) e esses sejam a única esperança do paciente, devido ao fato de essas drogas não poderem sequer ser comercializada, haveria uma impossibilidade de custeio das mesmas pelo SUS.

Nesse contexto, a análise do julgado acima citado, no qual o STF impõe limitações à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos e tratamentos em fase experimental, assim como proíbe o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, corrobora a tese de que o Estado não é um garantidor universal. Dessa forma, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do dispositivo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formulada para a sua promoção, proteção e recuperação, pois o SUS filiou-se à corrente da Medicina com

---

<sup>188</sup> O caso trata de paciente que pretendia a condenação solidária dos três entes da federação ao custeio de um fármaco que necessitava para o tratamento de uma doença rara. Todavia, esse resultaria em um gasto mensal de R\$52 mil.

<sup>189</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. Op. cit., p. 61-63.



base em evidências.

Ainda, nesse mesmo cenário, pode ser verificado no STA 175, um movimento do Poder Judiciário em criar parâmetros para a atuação e a uniformização desse poder, dentre ele, o mais importantes e os mais delicados do ponto de vista da manutenção dos estados de saúde de uma pessoa: o fornecimento de medicamentos sem registro da ANVISA

Indo além, na análise sobre a questão de medicamentos, é importante analisar dois recursos, que visam regular a situação da saúde e que tiveram repercussão geral reconhecida, são eles os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718<sup>190</sup>. O primeiro trata de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do SUS e o segundo de medicamentos não registrados na ANVISA. Ambos os recursos estão pendentes de julgamento, mas pela análise dos depoimentos dos ministros, em notícia divulgada pelo site do STF<sup>191</sup>, percebe-se a preocupação de elaboração de parâmetros para a questão, de forma a uniformizar os futuros julgados acerca desses assuntos.

Na votação desses recursos, o Ministro Luiz Roberto Barroso alega que o poder judiciário não é a instância adequada para definir políticas públicas de saúde. Ratificando, ainda, a existência de órgãos específicos para deliberarem sobre a incorporação de medicamentos no sistema público de saúde, como a CONITEC. Para esse ministro não há dúvidas que o judiciário deve atuar quando o medicamento estiver na lista do SUS, mas não estiver sendo fornecido. Isso, uma vez que, nessas situações, o poder judiciário estaria atuando apenas em sentido de efetivar as políticas de saúde já formuladas e não formulando as mesmas.

No mais, o ministro Luís Roberto Barroso desproveu o RE 566471. Nessa esteira, quanto à hipótese de demanda judicial por medicamento não incorporado nas listas do SUS, inclusive os de alto custo, o ministro Luís Roberto Barroso<sup>192</sup>, em seu voto, firmou que o Estado não pode estar obrigado, em regra geral, a fornecer

---

<sup>190</sup> Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. Notícia STF. 28 ago. 2016. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em 01 nov. 2017.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid.

medicamentos independente de seus custos, salvo hipóteses excepcionais, nas quais o judiciário deve observar, cumulativamente, os cinco requisitos propostos por esse ministro<sup>193</sup>, quais sejam: i) a incapacidade financeira do demandante de arcar com o custo correspondente ao medicamento; ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; iv) a comprovação da eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; v) a propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo<sup>194</sup>.

O ministro Edson Fachin<sup>195</sup> propõe que tutelas de implementação de medicamentos ou tratamentos que não estejam incorporados nas políticas da rede pública devam ser pleiteadas em ações coletivas, de forma a conferir máxima eficácia e comando de universalidade ao direito à saúde. O ministro também propôs cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. São eles: i) necessária à demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; ii) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; iii) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); iv) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; v) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico

---

<sup>193</sup> BARROSO, Luis Roberto. “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”. “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos” In. Ibid.

<sup>194</sup> “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. Ibid.

<sup>195</sup> **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial.** Notícia STF. 28 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Já quanto ao assunto, o relator Ministro Marco Aurélio<sup>196</sup> reconheceu o direito pelo fornecimento de medicamento de alto custo não incorporado nas políticas de saúde do SUS, mas esse depende da demonstração de imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição e da incapacidade financeira do enfermo. Assim, percebe nesses dois julgados e no STA 175 a busca pela uniformização de decisões acerca de medicamentos de alto custo não fornecidos pelos SUS, possibilitando o seu fornecimento tão somente em caráter excepcional e quando observados os parâmetros estipulados.

A preocupação com a atuação judiciária é percebida não só pela jurisprudência dos tribunais superiores, mas também está refletida no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2010 o CNJ também buscou interferir na prática judiciária relacionada ao direito à saúde. O órgão editou a Recomendação n. 31/2010<sup>197</sup>, na qual pede aos tribunais que adotem uma série de medidas visando dar suporte aos magistrados para que esses possam solucionar as demandas judiciais com maior eficiência e suporte técnico. Ademais, o CNJ recomendou a observância dos parâmetros da audiência pública do STF realizada em maio de 2009 e criou o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, por meio da Resolução n. 107<sup>198</sup>, que busca a proposição de medidas normativas para a prevenção de conflitos judiciais e a definição de estratégias relacionadas ao Direito Sanitário.

---

<sup>196</sup> **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial.** Notícia STF. 28 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

<sup>197</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

<sup>198</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

<sup>199</sup> BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde – revolução rumo à racionalidade. **Revistas USP**. São Paulo v.16. Mar./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>>. Acesso 13 nov. 2017.

Na mesma direção, destacam-se os núcleos de Justiça de assessoria técnica (NAT) idealizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que tiveram início em 2209. Esses têm como finalidade auxiliar os magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, possibilitando que os magistrados tenham à sua disposição informações técnicas para dar maior respaldo às suas decisões, tornando-as mais seguras. Os pareceres emitidos pelo núcleo mostra sua preocupação em verificar a relação entre a demanda judicial e a política pública de saúde oferecida pelo SUS<sup>200</sup>, regendo ainda no sentido de que sempre que houver uma via extrajudicial de resolução do conflito, que essa deve ser priorizada.

Como vimos ao longo deste capítulo, verifica-se que o STA 175 cria entendimento e parâmetros para novas decisões no sentido de que os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS são importantes, uma vez que conferem segurança ao sistema de saúde pública. E ainda, através desse julgado, o STF firma o entendimento no sentido da necessidade de registro na ANVISA para o custeio do medicamento pela administração pública.

Fica evidente que há uma preocupação judiciária (não só dos tribunais, bem como dos seus órgãos) em estabelecer parâmetros para atuação desse poder. Todavia, a análise jurisprudencial demonstra que muitas das vezes esses parâmetros são relativizados, o que não uniformiza a compreensão desse poder em sentido de como deve ser sua atuação, deixando até mesmo a população em uma penumbra e resultando em uma falta de segurança jurídica, o que contradiz o próprio sentido da jurisprudência. Contudo, mesmo que ainda haja uma relativização desses parâmetros atualmente já se pode perceber uma mudança de raciocínio dos tribunais no sentido de concretização do direito à saúde por meio das políticas públicas, sendo o fornecimento de insumos de saúde que não estão abarcados nos protocolos do SUS algo que deve ser feito em caráter excepcional. Dessa forma, é visível a importância das políticas públicas e da sua observância pelo Poder judiciário para a efetiva concretização do direito a saúde de forma a promover uma macro-justiça, em detrimento de um micro justiça, como ficará demonstrado a seguir.

---

<sup>200</sup> AITH, Fernando Mussa Abujamra. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit. p.132.

### 3.3 - Concretização do direito à saúde através de políticas públicas

Políticas públicas detêm natureza *sui generis* e não são quaisquer atos ou normas administrativas, mas, sim programas de ação visando à consecução dos objetivos e valores sociais determinados pelo Estado. Elas estão associadas aos direitos sociais (saúde, moradia, educação) e aos direitos humanos de segunda geração, que necessitam de uma atuação positiva do Estado para assegurá-los, o que implica gastos.

Política pública é a ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>201</sup>

Verifica-se que as políticas públicas representam um conjunto de medidas que movimentam a máquina do governo no sentido de concretizar direitos de forma programada, devendo as metas estipuladas por elas ter marco orçamentário, temporal e programático, determinando, portanto, o que pretende ser alcançado.

Nesse sentido, Fonte<sup>202</sup> sistematiza o estudo das políticas públicas destrinchando seus elementos e as fases que compõem seu ciclo de execução. As políticas públicas são compostas por três elementos, a saber: (i) orçamento público; (ii) planejamento público e (iii) discricionariedade administrativa; e se executam em quatro fases: (i) fixação da agenda pública; (ii) a formulação e escolha de políticas públicas; (iii) implementação pelo órgão competente; (iv) avaliação pelos mecanismos previstos no ordenamento jurídico. Verifica-se aqui que o orçamento público é uma condição de viabilidade para as políticas públicas. O que nos remete à reserva do possível, sobre a qual versou o item 2.3 do capítulo 2 desta monografia, que remete à ideia de micro e macro justiça, e à formulação de políticas públicas.

---

<sup>201</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI. (Org.). Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>202</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 334.

Isso se dá porque a dependência econômica para efetivação dos direitos sociais leva parte da doutrina a defender a ideia de que as normas que dispõem sobre esses direitos são normas programáticas. Ou seja, normas de eficácia limitada, que dependem de outras para possuírem plena eficácia. Nessa esteira, as normas relativas aos direitos sociais distributivos, como é o caso da saúde, depende, portanto, de outras normas para serem reguladas, o que se concretiza por meio de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis<sup>203</sup>.

De uma maneira geral, as políticas públicas estão ligadas à reserva do possível e às escolhas trágicas, o que significa que a escolha da alocação do recurso em uma política pública e não em outra deve levar em consideração o número de cidadãos atingidos por ela, além do seu perfil econômico, a efetividade dessa política, a maximização e a eficácia dos resultados. Assim, uma conclusão possível é a de que a norma do artigo 196 da Constituição, discutido anteriormente neste trabalho, ao assegurar o direito à saúde, refere-se à efetivação das políticas públicas, que devem alcançar a população como um todo. Esse pensamento fica evidente no voto da Ministra Ellen Gracie no SS 3073/RN<sup>204</sup>.

Por outro lado, de maneira mais específica, a análise casuística nos faz perceber que a saúde e as políticas públicas são desrespeitadas, tendo como argumento a aplicação imediata dos artigos constitucionais que regem sobre os direitos sociais, como é, por exemplo, o caso do artigo 6º, já abordado neste trabalho. Essa interpretação, porém, vem gerando problemas, o que nos remete à ideia de que a judicialização não é a melhor forma de concretização de direitos sociais e tampouco de elaboração de políticas públicas, conforme argumentado ao longo desta monografia.

---

<sup>203</sup> GOTTI, Alessandra. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. op. cit. p. 187.

<sup>204</sup> “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.” STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21. Apud. <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615>

Válido ressaltar que a judicialização faz-se necessária quando há uma violação a um direito social fundamental, mas daí a entender que isso abre margem para que o judiciário comece a formular políticas públicas parece ser uma atuação que peca pelo excesso. Por fim, nesse contexto, percebe-se que é pacificado na jurisprudência a possibilidade de concretização do direito à saúde por meio da tutela jurisdicional quando há uma política de saúde, mas essa não está sendo respeitada. Todavia, ainda, é questionável se a concretização via judicial do direito à saúde é a melhor forma de promover a justiça, quando inexistente uma política de saúde. A possibilidade da concretização desse direito ser feita por meios mais céleres e menos custosos nos leva a acreditar que a resposta a esse questionamento seja negativo, devendo assim haver uma predileção pela desjudicialização. O que traz inúmeros benefícios, como restará claro a seguir.

### **3.4 - A desjudicialização da saúde e formas extrajudiciais de resolução do conflito**

A desjudicialização é a tentativa de retirada dos litígios do âmbito do judiciário. Isso permite que questões com caráter político, como a saúde, possam ser solucionadas novamente pelos órgãos de origem, a fim de minimizar os gastos dos cofres públicos e garantir a uniformidade de tratamento entre os usuários do sistema público de saúde.

Como verificado em tópico anterior, atualmente, há um sobrecarga dos tribunais com questões relativas à saúde, em especial pedidos relacionados a medicamentos, sendo essa judicialização passível de críticas, como já exposto. O Novo Código de Processo Civil privilegiou as tentativas de solução extrajudicial de conflitos a fim de dar maior celeridade à resolução de lides e diminuir o grande número de demandas judiciais.

Percebe-se uma necessidade atual da sociedade brasileira de um melhor acompanhamento dos casos<sup>205</sup>, menos custosas e mais efetivas. Munido desse espírito, o

---

<sup>205</sup> ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo.** Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf > Acesso: 16 nov. 2017.

legislador ordinário fez constar no CPC/2015<sup>206</sup> as câmaras de mediação e conciliação como forma de resolução de conflitos, a saber, a criação de uma Câmara Nacional de Resolução de Litígios de Saúde; na expansão das Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS); os debates por meios de audiências públicas; e a implantação de um cadastro nacional de ações civis públicas relativas à saúde.

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde do Estado do Rio de Janeiro foi instituída a partir de um esforço conjunto de vários órgãos públicos pela desjudicialização da saúde e de retomada da discussão das questões afetas aos serviços de assistência em saúde para o âmbito administrativo, possibilitando maior controle e melhor gerenciamento e planejamento dos órgãos da Administração Pública.

Assim explica o jurista e Defensor Público Federal Bernard Alô:

O projeto da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), instituído por meio do Convênio de Cooperação n. 3/504/2012, celebrado em 12 de junho de 2012, congrega membros da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro e da Defensoria Pública da União, bem como procuradores do Estado do Rio de Janeiro, procuradores do Município do Rio de Janeiro e equipes de apoio técnico da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e da Secretaria Municipal de Saúde desse Estado, a fim de promover o atendimento, em local único, de hipossuficientes assistidos pela DPGE-RJ e pela DPU-RJ que demandem prestação de serviço de saúde, fomentando-se a resolução administrativa para oferta de medicamentos, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, em detrimento da judicialização dos casos. Na sede da CRLS, atuam membros das Defensorias Públicas, na coordenação dos atendimentos realizados, no processamento dos casos apresentados, na adoção das medidas extrajudiciais e judiciais pertinentes, no fomento aos debates institucionais e na formulação de propostas de alteração e implementação de políticas públicas em saúde.<sup>207</sup>

A CRLS representa um importante avanço institucional no campo da saúde. Reúne membros da Defensoria Pública do Estado e da Defensoria Pública da União, assim como equipes de apoio técnico das Secretarias Municipal e Estadual de Saúde. Os membros das Defensorias atuam na coordenação dos atendimentos, na adoção de

---

<sup>206</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

<sup>207</sup> ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf > Acesso: 16 nov. 2017.



medidas extrajudiciais e judiciais, no acompanhamento dos casos e na formulação de propostas de ações na área das políticas públicas em saúde. Os representantes das Secretarias de Saúde realizam o atendimento humanizado e prestam apoio técnico. As Procuradorias Gerais do Município e do Estado do Rio de Janeiro devem indicar procuradores para atuar em audiências de conciliação e mediação na CRLS quando vierem a ocorrer, assim como prestar orientação jurídica às Secretarias de Saúde. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é responsável por designar mediadores e supervisionar e coordenar a atividade de mediação quando ocorrerem. A CRLS é um importante órgão de interlocução extrajudicial, pois permite que componentes das instituições essenciais ao sistema de justiça dialoguem entre si.

Importante ressaltar que as CRLS,<sup>208</sup> em sua gênese, demonstra a relevância da teoria dos diálogos<sup>209</sup>, que assevera a necessidade de um novo modelo de proteção dos direitos constitucionais pautado em um redimensionamento do papel do judiciário e da legitimidade das instituições democráticas em promover interpretações constitucionais. Esse novo paradigma recebe algumas ideias fundamentais, que ultrapassa a ideia de “quem deve interpretar” para uma busca de uma “interpretação cooperativa” acerca dos dispositivos e dos direitos sociais distributivos. Assim, proporcionando um ambiente onde as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar a ordem jurídica e política da realidade democrática.

Nesse cenário, deve haver um debate, o qual permite que as controvérsias sejam resolvidas por meio de uma atividade dialógica, transformando o atual cenário isolacionista das instituições em um ambiente de cooperação na ordem constitucional e na operação de seus dispositivos, proporcionando à Constituição uma maior coesão e estabilidade<sup>210</sup>. Ademais, a teoria dos diálogos, conforme descrita acima e evidenciada no exemplo aqui presente, preconiza a deferência do operador do direito para com o legislador.

Isso permite que, sob o prisma de uma sociedade plural, possa haver decisões

---

<sup>208</sup> Nos primeiros três meses de funcionamento, a Câmara atendeu a quase quatro mil pessoas e obteve solução administrativa para cerca de 40% dos casos.

<sup>209</sup> ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf >. Acesso: 16 nov. 2017.

<sup>210</sup> Ibid.

coletivas e compatíveis com as diferentes concepções de justiça, mostrando-se a ideal forma de defesa do Estado democrático de direito, onde a CRL é o espaço ideal para essas decisões e diálogos.

Outro instrumento que se faz importante é o das Câmaras Nacionais de Resolução de Litígio de Saúde que reúnem:

representantes das instituições essenciais à justiça, das Administrações Públicas federal, distrital, estaduais e municipais e das agências reguladoras da área, notadamente a Agência Nacional de Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a fim de exercer verdadeira jurisdição administrativa, entabulando, em abstrato e com efeito vinculante para todos os entes federativos, entendimentos a respeito da saúde pública, uniformizando decisões aplicáveis aos casos concretos que porventura surgirem.

Ou seja, mais uma vez mostra a preocupação de uma uniformização das decisões e dos entendimentos sobre questões de saúde. O principal acréscimo desse órgão seria o de uniformizar o entendimento acerca do SUS para toda administração pública. Sendo as decisões administrativas que beneficiassem um cidadão<sup>211</sup> estendida a todos em mesma situação, impedindo a fragmentação do SUS por meio de demandas individuais.

Outro meio que visa o diálogo institucional e que fortalece a resolução dos conflitos são as audiências públicas para discutir a questão da saúde e das políticas públicas. Isso porque elas viabilizam o debate público sobre determinada questão, permitindo que a comunidade diretamente envolvida tenha voz, promovendo, assim, a democracia participativa. Nessas ocasiões, autoridades públicas consultam a sociedade civil na busca por informações e soluções alternativas, mostrando-se um excelente ambiente para que as instituições dialoguem com o público assistido.

Um último mecanismo que vislumbra a desjudicialização, defendido por Perlingeiro<sup>212</sup>, pode parecer paradoxal ao suscitar a desjudicialização através da judicialização da saúde, mas feita de forma coletiva isso é o que se alcança:

“em um olhar superficial, pode parecer contraditório suscitar a

---

<sup>211</sup> PERLINGEIRO, apud. ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf > Acesso: 16 nov. 2017.

<sup>212</sup> Ibid.

desjudicialização das demandas de saúde por meio da judicialização de novas demandas. Ocorre que, ao defendermos o tratamento do direito à saúde de maneira transindividual, ou seja, com o manejo de ações coletivas, busca-se justamente a configuração de decisões erga omnes, nos termos do art. 103, inc. I, da Lei n. 8.078/90, promovendo, assim, a molecularização de demandas. Evita-se, portanto, a proliferação de demandas individuais com pretensões idênticas, impondo o Estado-juiz decisão isonômica para todos os usuários do Sistema Único de Saúde, a qual deve, inclusive, ser internalizada na estrutura da Administração Pública brasileira, por meio de atos normativos infralegais.

Isso quer dizer que, favoravelmente aos benefícios da desjudicialização, esse mecanismo permite a defesa do direito à saúde transindividualmente, de forma que uma coletividade que se encontra em mesma situação também se veja abarcada pela decisão. Isso gera dois efeitos, o primeiro é o acesso mais justo e igualitário ao direito à saúde, com uma diminuição da desigualdade das diversas decisões tomadas em caráter de demandas individuais; e o outro, e mais importante no cenário da desjudicialização, é que a troca de diversas demandas individuais por uma coletiva diminui sensivelmente o número de ações<sup>213</sup>.

Face ao já exposto, podemos facilmente concluir que a melhor forma de evitar a judicialização é prevenir o conflito, que em muito advém da precariedade do serviço público de saúde prestado. Assim, a forma ideal de se evitar a judicialização seria ter um cenário de plena eficácia das políticas públicas de saúde já existentes, bem como que essas fossem atualizadas constantemente, representando os anseios e as necessidades sociais.

Entretanto, nem sempre isso é possível de alcançar, visto que as políticas públicas não conseguem atingir o grau de efetividade esperado pela população por ela abarcada,

---

<sup>213</sup> “Merece atenção o fato de que o tratamento isonômico dos usuários da saúde pública depende da superação do art. 16, da Lei de Ação Civil Pública. O artigo em tela restringe os efeitos da sentença coletiva aos limites territoriais do órgão prolator da decisão. O A realização de audiência de custódia imediatamente após a prisão em flagrante é medida que se funda em normas internacionais, buscando prevenir a tortura e humanizar as prisões provisórias. 108 Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016 Bernard dos Reis Alô dispositivo tem rendido severas críticas doutrinárias. Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, afirma ser um absurdo lógico e jurídico exigir que, para os danos de caráter nacional, fosse ajuizada uma ação civil pública em cada comarca do país, pois isso levaria a decisões inevitavelmente contraditórias e ao frequente abandono do direito (MAZZILLI, 2005). O legislador, ao estipular tal restrição aos efeitos do julgado, compromete a solução molecularizada dos conflitos de interesses coletivos e o princípio da isonomia, que reclama solução igual aos que se encontram na mesma situação fático-jurídica (GRINOVE VER, 2004), recaindo em flagrante inconstitucionalidade”. ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf > .Acesso: 16 nov. 2017.

muitas vezes face às questões relacionadas à falta organização institucional administrativa. Mesmo essa desorganização sendo agravada e dificultada pela judicialização aqui criticada, há que se admitir que mesmo em um cenário de pleno funcionamento das políticas públicas, o que na prática se verifica é que jamais irá se configurar um cenário de judicialização zero. Uma vez que, na existência de um orçamento escasso, o administrador se vê obrigado a tomar decisões alocativas (escolhas trágicas), que implicam na priorização pelo custeio de certos tratamentos em detrimento de outros. Mais ainda, porque devido às escolhas alocativas que devem ser feitas pelo administrador, alguém sempre terá seu direito não resguardado por todas as políticas públicas, visto que o Estado não consegue ser um garantidor universal.

Logo, pode-se concluir que, visto posto que o cenário de judicialização zero mostra-se utópico, as melhores formas de solucionar ou diminuir o excesso de judicialização da saúde se apresentam através de ações coletivas e meios institucionais. Sejam esses judiciais (audiências públicas) ou extrajudiciais, o que se faz imperioso é o diálogo institucional entre os componentes do litígio da saúde, desde os cidadãos aos formuladores das políticas públicas, conforme proponho nas considerações finais do último capítulo desta monografia, a seguir.

## CONCLUSÃO

Como exposto ao longo deste trabalho, a tentativa de dar maior efetividade à Constituição, aliada a um pensamento neoconstitucional, tem gerado decisões judiciais ampliativas acerca do direito à saúde. Diante disso, medicamentos não abarcados nas políticas públicas e até mesmo sem registro na ANVISA são concedidos sob o argumento de promoção do mínimo existencial e de uma vida digna à pessoa humana, que encontra nesses medicamentos sua última esperança. Nesse contexto, é válida a preocupação expressada por Vermeule<sup>214</sup> quanto à escolha interpretativa do judiciário quando esse se depara com uma norma ambígua, com variáveis empíricas, com matéria de grande complexidade, sendo ainda mais preocupante, quando esse apresenta um baixo grau de informação sobre o assunto. Essa crítica é válida no que tange à atuação judicial, até porque uma eventual postura maximalista, em face de questões constitucionais complexas, sem que o intérprete possua conhecimento técnico para tal, aumenta consideravelmente a possibilidade de erro e a dificuldade de correção. E isso ocorre principalmente se essa decisão for tomada pelo STF, já que a interpretação constitucional da corte suprema só pode ser revertida por nova decisão dessa ou Emenda Constitucional<sup>215</sup>.

Com efeito, as cortes, através de decisões ampliativas, extrapolam sua capacidade institucional, com o discurso de promoção e garantia dos direitos fundamentais. Essa atuação é muito problemática, pois esse poder acaba assumindo papéis típicos de agente político, estabelecendo novas políticas públicas, definindo seus parâmetros e suas finalidades e até mesmo a alocação de recursos orçamentários<sup>216</sup>. Com isso, esse poder vem gerando um gasto não previsto aos cofres públicos, além de provocar uma desorganização institucional, na medida em que inviabiliza a organização e a realização das políticas públicas de saúde já existentes. Isso tudo é agravado quando mantido em vista que o orçamento que a priori deveria ser utilizado para efetivar as políticas já formuladas será utilizado para promover prestações individuais concedidas por meio de

---

<sup>214</sup> SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institution. Apud. BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 204.

<sup>215</sup> BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 185.

<sup>216</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisa Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 217.

decisões judiciais. Logo, a judicialização, conforme vem sendo efetuada, se torna onerosa ao promover uma micro-justiça, em detrimento de uma macro-justiça.

De qualquer forma, é imperioso destacar que a judicialização é um importante mecanismo de resguardo dos direitos fundamentais. O juiz constitucional, deflagrando violação constitucional ou falha estrutural<sup>217</sup> que inviabiliza a concretização dos direitos fundamentais, se vê no dever de atuar de forma a transformar a realidade social<sup>218</sup>. O que precisa ser resguardado, no entanto, é que essa intervenção não deve ser feita no sentido da formulação de novas políticas públicas por parte do judiciário. A intervenção, mesmo quando deflagrada drástica violação aos direitos fundamentais, deve ser feita com cautela, uma vez que ocorre na estrutura dos Poderes Executivo e Legislativo. Aqui, estamos diante de um “litígio estrutural”, pois as decisões sobre o assunto visam modificar instituições governamentais em mau funcionamento, acabando por interferir em sua organização. Nesse cenário, as cortes são chamadas para intervir em casos que podem deduzir em políticas públicas<sup>219</sup>, o que claramente não é sua atribuição. Em vista disso, para que essa atuação seja legítima, é necessária a observância de certos pressupostos<sup>220</sup>, os quais foram delimitados no capítulo anterior.

Diante desse cenário, passamos a nos questionar sobre a legitimidade, principalmente sobre um viés institucional e estrutural, da atuação do judiciário. Para Campos<sup>221</sup>, a solução do problema, bem como a correta intervenção, por parte do judiciário, é aquela que pretende solucionar a questão, de forma ampla e igualitária. Isso se dá porque o que se pretende com essa intervenção não é a execução de um direito individual, mas uma melhoria da perspectiva das políticas públicas.

Como demonstrado, a judicialização da saúde não é uma questão fácil, pois temos de um lado a violação em massa de direitos fundamentais por uma falha de

---

<sup>217</sup> “A falha estatal estrutural pode ter início na omissão legislativa ou na falta de regulamentação normativa independentemente das tipologias dos enunciados normativos constitucionais, na falta de vontade política ou na ausência de coordenação entre leis e medias administrativas de execução”. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit .p.181.

<sup>218</sup> Ibid., p. 179.

<sup>219</sup> Ibid., p 188.

<sup>220</sup> Para campos esses pressupostos seria a observância da presença de violação sistemática, contínua e grave aos direitos fundamentais, variedade de direitos fundamentais violados, e número amplo de pessoas afetadas. Ademais, deve haver uma omissão reiterada do poder pública quanto aos direitos fundamentais.

<sup>221</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit .p.182

estruturação política-administrativa, e de outro, uma intervenção judiciária que pretende conduzir as políticas públicas.

Logo, no momento em que os juízes passam a atuar na confecção e elaboração das políticas públicas de saúde, assumindo uma postura diversa da judicial passiva que se espera desse poder<sup>222</sup>, o próprio objetivo de sua intervenção não está sendo alcançado. Nesse cenário, para que a atuação judiciária seja mais coerente, é necessário não só que algumas medidas sejam tomadas por esse poder, mas que seja feita uma reforma institucional em grande escala. As políticas públicas devem ser mais acessíveis e suas normas mais coesas, possibilitando que o cidadão e o operador do Direito as entendam, diminuindo, assim, as demandas judiciais. Em mesmo sentido, a fim de diminuir o quantitativo de demandas judiciais, o poder judiciário necessita adotar uma forma de interpretação menos ampliadora dos dispositivos constitucionais que regulam a saúde.

Destarte, argumenta esta monografia que a efetividade da Constituição não está na concessão de tudo que se é pleiteado, com uma base argumentativa em torno da dignidade da pessoa humana, mas, sim, na viabilização do Estado Democrático de Direito, das políticas públicas existentes e de um respeito à divisão dos poderes, bem como a capacidade institucional de cada ente. Mais ainda, ao contrário do que se acredita, a judicialização distributiva de forma ampla desvia o debate político da sociedade e dos poderes Executivo e Legislativo, retirando, ainda, a pressão social sobre esses poderes. Menos pressionados, os representantes dali sentem-se cada vez menos obrigados a concretizar os anseios da população em suas ações, restando claro que a judicialização gera problemas para muito além do orçamentário.

O que se pretende para solucionar esse impasse é o diálogo institucional, que seria “a ideia de interpretação constitucional como um processo de elaboração compartilhada entre os juízes e os demais poderes”<sup>223</sup>. Por óbvio, a perspectiva do diálogo institucional não atribui ao judiciário a palavra final de interpretação da constituição e tampouco pretende atribuir esse papel a outro poder<sup>224</sup>. A base do diálogo

---

<sup>222</sup> CHAYES, Abram. Public law litigation and the Burger Court, Harvard Law Review. Vol.96 (1),1982. p.4. Apud. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisa Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm,2016, p. 188 .

<sup>223</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. Cit, p. 241

<sup>224</sup> Ibid. p. 242.

é a construção de uma interpretação conjunta e o incentivo ao debate acerca das questões sociais em ambientes de discussão participativa, onde, a princípio, todas as parcelas da sociedade estariam representadas e unidas de forma a solucionar a problemática, como ocorre nas audiências públicas. Além disso, o poder judiciário, verificando haver uma grande violação de direitos públicos, deve acionar os outros agentes institucionais para encontrar uma possível solução. Nessa esteira, a título de exemplo, deflagrada uma grande quantidade de demandas individuais sobre o assunto, poderia o judiciário tomar uma decisão que forçasse o poder Executivo a resolver a questão de forma mais ampla.

Obviamente, a questão da judicialização não será resolvida rapidamente. É necessária uma mudança de pensamento nos âmbitos social, judiciário, legislativo e executivo, mesmo porque o pensamento consagrado atualmente é reflexo de movimentos teóricos que reinaram desde a promulgação da Constituição de 1988, como a teoria da efetividade e o Neoconstitucionalismo. Dessa forma, a mudança rege no sentido de buscar a formulação de novos pensamentos teóricos, com críticas e proposituras de novas visões a essas teorias em detrimento da visão deturpada que se tem delas. Ademais, percebe-se, pela análise da jurisprudencial, que uma mudança quanto à abordagem da judicialização da saúde já está ocorrendo. Nesse contexto, deve-se ter em vista que esse poder se preocupou em criar parâmetros que refletem a visão menos ampliadora do direito à saúde, podendo proporcionar maior parcimônia às decisões judiciais. No entanto, para que a atuação judiciária seja mais igualitária e esse objetivo alcançado, esses parâmetros devem ser observados pelas instâncias inferiores.

Com a desjudicialização aqui defendida, o que se vislumbra é a plena eficácia das políticas públicas. Caso isso não ocorra, a solução deve ser buscada, preferencialmente, pela via política (pressão social). Outro ponto importante é que as decisões sejam cada vez mais uniformizadas, de forma a garantir uma segurança jurídica e um acesso aos insumos de saúde cada vez mais igualitário, mesmo que pela via judiciária. E, sendo esse o caso, para que as decisões possam alcançar o objetivo de uniformização do direito à saúde, as demandas de saúde devem preferencialmente ser levadas ao judiciário via ações coletivas, mantendo imperativa a observância da jurisprudência nas decisões de caráter individual, para fins de alcance da justiça.



Portanto, com base em tudo isso supracitado, pode-se concluir que o melhor cenário para a resolução dos conflitos referentes aos direitos sociais de caráter distributivo deve ser, sempre, aquele que permite o diálogo institucional. Se sempre haverá uma certa judicialização da saúde, a ação judiciária deve reger no sentido de manter deferência aos demais poderes, visando evitar uma interpretação ampliativa para não os enfraquecer, nem inviabilizar sua organização, reforçando, conseqüentemente, a capacidade de cada ente de responder às demandas da população.

## ANEXOS

### Anexo 1

APELAÇÃO CÍVEL DO MUNICÍPIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – CF, arts. 6º e 196 –. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE CHAMAMENTO DO ESTADO DE ALAGOAS E DA UNIÃO AO PROCESSO, POR TRATAR-SE DE OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. REJEITADA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA CONTRA ATOS DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. RESERVA DO POSSÍVEL. INTERPRETAÇÃO E INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL – CF, ART. 5º, INCISO XXXV - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL – CF, art. 1º, inciso III. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA OU BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS PELO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. APELAÇÃO DA AUTORA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL PELO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA, EX VI DO § 3º DO ART. 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. I. É inquestionável – sem sombra de dúvida – que, no caso dos autos, tratando-se de direito público subjetivo à saúde – CF, arts. 6º e 196 –, sob a provada repercussão da chancela do mínimo existencial, enquanto direito social fundamental – CF, art. 6º -, que tem substrato no princípio da dignidade da pessoa humana – CF, art. 1º, inciso III –, é dever do Município de Maceió adotar as medidas necessárias com vista a garantir à Autora o pretendido medicamento descrito na petição inicial. II. Contrariamente ao que ressalta o Município de Maceió, aqui apelante/recorrente, não se trata de interferência anômala, mas de efetiva e constitucionalmente legítima intervenção do Poder Judiciário no sentido de suprir omissão do próprio Poder Público, relativamente ao direito fundamental à saúde – CF, arts. 6º e 196 –, sob os auspícios dos princípios da separação dos poderes, da inafastabilidade da jurisdição e da moralidade administrativa – ex vi da CF, arts. 2º, 5º, inciso XXXV, e 37 -. A contrário sensu dos argumentos e das alegações desenvolvidas pelo Município de Maceió, o exame dos requisitos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito aplicados ao caso dos autos, por si só, conduz o intérprete e julgador à irremediável convicção de que o princípio da dignidade da pessoa humana – CF, art. 1º, inciso III –, por tratar do mínimo existencial –, de per si et por si só, se sobrepõe à cláusula da reserva do possível, no tocante à efetiva concretização do direito público subjetivo à saúde – CF, arts. 6º e 196. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com fincas no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil, acerca da possibilidade de fixação de multa diária, ou mesmo o bloqueio de verbas públicas, com a finalidade de compelir a Administração Pública a dar cumprimento às ordens judiciais que concedem o fornecimento de procedimentos cirúrgicos, remédios, insumos, tratamentos médicos e ambulatoriais, suplementos alimentares e tudo o mais que está relacionado à proteção do direito à vida e à saúde, como no caso dos autos. Precedentes do STJ. Há de ser provida a apelação da Autora, no sentido de majorar os honorários advocatícios, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC, razão porque, adotados os critérios das alíneas a, b e c do § 3º do CPC, fixo o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais). (TJ-AL - APL: 00114866520118020001 AL 0011486-65.2011.8.02.0001, Relator: Des. Paulo Barros da Silva Lima, Data de

## Anexo 2

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente." (STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121).

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)

## BIBLIOGRAFIA

AITH, Fernando Mussa Abujamra. In BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva. 2017.

ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde: O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/vfPFHk>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critério Jurídico para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde – revolução rumo à racionalidade. **Revistas USP**. São Paulo v.16. Mar./jun. 2015. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso em: 13 nov. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **A Judicialização, Ativismo e Legitimidade democrática**. Conjur. Disponível em:<[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acessado em: 06 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. 2. ed São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação. Direitos fundamentais e relações privadas**, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.) **A constitucionalização do Direito, Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 2016**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < <https://goo.gl/zaRrL> >. Acesso em: 06 out. 2017.

BRASIL. Constituição. **Emendas constitucionais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.508/11**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.646/11**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 8.080/90**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Lei. 12.401/11. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12401.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. ADPF nº 45/DF, de 2004. Disponível em: < <https://goo.gl/U9oDza> >. Acesso em: 17 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Intervenção em políticas públicas. Arguição de preceito fundamental 45/MC/DF. Rel. Celso de Mello. DEJ: 04 maio. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Suspensão de liminar. Agravo regimental. Saúde pública. Agravo Regimental na Suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União; Ministério Público; Município de

Petrolina. Relator: Gilmar Mendes. DJE n. 76. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso: 01 nov. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – decisão monocrática. Repercussão Geral no Recurso no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN – recte: Estado do Rio Grande do Sul. Recdo: Carmelita Anunciada de Souza. Rel. Min. Marco Aurélio. Votação Unanime. 15 nov. 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (primeira turma). Administrativo. Tratamento de Saúde. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 855.787 / RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Maria Inez Brasil Fernandes. Relator: Luiz Fux. DJ 27 nov. 2006 p. 258.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (segunda turma). Administrativo. Constitucional. Recurso Especial n. 118.5474 / SC. Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Humberto Martins. DJE: 29 abr. 2010. RMP vol. 43 p. 269; RSTJ vol. 219 p. 225.

RMS 11183/PR (STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121).

BRASIL. Superior tribunal de justiça (primeira Turma). Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança. Recurso em Mandado de Segurança n. RMS 11183/PR. Recorrente: Carmen Lúcia Fernandes Castro Diniz. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: José Delgado. DJE: 04 set. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Processual Civil. Recurso Especial. Fornecimento de medicamento. Recurso Especial n. 771.616-RJ. Recorrente: J A O da C (menor). Recorrido: Município de Nova Friburgo. Relator: Luiz Fux. Jurisprudência STJ. Julgamento: 20 jun. 2006. Documento: 2415978 – “relatório, ementa e voto”, p. 03. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=2415978&num\\_registro=200501283923&data=20060801&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=2415978&num_registro=200501283923&data=20060801&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 20 de out. de 2017. **Lex** - Jurisprudência do STJ.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Alagoas (segunda Câmara Cível). Constitucional. Direito fundamental à saúde. Apelação Cível n. 00114866520118020001. Apelante: Município de Maceió. Apelada: Lívia Fernandes dos Santos Lima. Relator: Paulo Barros da Silva Lima. Publicado: 26 set. 2014. Disponível em: <<https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142006080/apelacao-apl-114866520118020001-al-0011486-6520118020001>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (terceira câmara cível). Matéria de saúde pública. Apelação n. 0146415-27.2012.8.19.0001. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Elizabeth Gomes Chaves. Relatora: Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro. DJE: 31 mar. 2014. Fls.220/228. Número do diário: 1829222.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (quarta câmara cível). Prorrogação de Licença maternidade. Reexame Necessário n. 0005871-



31.2010.8.19.0042. Impetrante: Roberta Gomes dos Santos. Impetrado: Município de Petrópolis. Relator: Sidney Hartung. Julgado: 24 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (terceira turma cível). Apelação Cível n. 0027478-69.2014.8.07.0018. Apelante: Distrito Federal. Apelado: Francisca Maria Rodrigues. Relator: MARIA DE LOURDES ABREU. Publicado no DJE : 03 ago. 2016 . Pág.: 189/203.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª região (quarta turma). Administrativo. Direito à saúde. Apelação reexame necessário n. N. 08012577320154058100. Apelante: União Federal. Apelado: Maria Mendes de Sousa. Relator. Edílson Nobre. Julgamento: 14 jan. 2016.

BRITTO, Antônio (Sup.). **Judicialização da saúde na prática: Fatos e dados da realidade brasileira**. INTERFARMA. Setembro de 2016. Estudo estatístico. Disponível em: <<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102-caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI. (Org.). **Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuições para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisa Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, Direito, cit., p. 227 apud. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CHAYES, Abram. Public law litigation and the Burger Court. Harvard Law Review. Vol.96 (1), 1982. p. 4. Apud. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisa Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 13 nov. 2017.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso 13 nov. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 164 apud. NETO BALESTRA, Otávio. A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o direito à saúde – revolução rumo à racionalidade. **Revistas USP**. São Paulo v.16. Mar./jun. 2015. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/100025/98615> >. Acesso em: 13 nov. 2017.

Entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, afirma STF. **Notícia STF**. Brasília. 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

DALARRI, Sueli; MARQUES, Silvia Bandim. Apud. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Vanessa Rocha; MAGALHÃES, Breno Baía. STF e os parâmetros para a judicialização da saúde. **JOTA**. 16 jan. 2017. Disponível em: < <https://jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017> >. Acesso em: 16 nov. 2017.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos e Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Freia à judicialização. **Folha de São Paulo**. Editorial. 27.03.2017. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/05/1887903-freio-a-judicializacao.shtml>>. 16 out. 2017.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017,

DE JORGE, Ighor Rafael, A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In. BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In. NETO DE SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: Fundamentos e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p 163. In: OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des. Antonio Lindberg Montenegro. In BARROSO, Luiz Roberto, Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel, (Coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

NASCIMENTO, Alexandre et. al. Avanços e perspectivas da RENAME após novos marcos legais: o desafio de contribuir pra um SUS único e integral. Revista eletrônica gestão e saúde, v.6, supl.4 out. 2015. Apud. BUCCI, Maria Paula Dalarri; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2017.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. **Notícia STF**. 28 ago. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275> >. Acesso em 01 nov. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Apud. ALÔ, Bernard dos Reis. **Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo**. Revista CEJ, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/PC02/Downloads/2168-5761-1-PB.pdf >. Acesso: 16 nov. 2017.

QUEIROZ, Antônio Augusto. Emenda à Constituição no Brasil e nos EUA. **Portal Vermelho**. 20 jun. 2009. Disponível em: < [http://vermelho.org.br/coluna.php?id\\_coluna\\_texto=2328&id\\_coluna=9](http://vermelho.org.br/coluna.php?id_coluna_texto=2328&id_coluna=9) >. Acesso em: 17 nov. 2017.

ROCHA, Eduardo Braga. **A Justiciabilidade do Direito Fundamental à Saúde no Brasil**. 1ª. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, pág. 82. In. < [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-saude-como-clausula-petrea-e-o-conteudo-deste-direito-medicamentos-e-tratamentos-medicos,48938.html#\\_ftn2](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-saude-como-clausula-petrea-e-o-conteudo-deste-direito-medicamentos-e-tratamentos-medicos,48938.html#_ftn2) > Acesso em: 28. Out. 2017.

SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à Saúde**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf> > Acesso em: 31 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. OLIVEIRA, Fernando Froes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial, e direitos humanos. Interesse público. Nº 32, julho/agosto de 2005, p. 225. Apud. OLIVEIRA, Fernando Froes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

SARMENTO, Daniel. A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.155. apud. OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013.

\_\_\_\_\_. O neocostitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicação específica**. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHAUER, F. Playing by the rules: philosophical examination of rule-base decision-making in law and life. Orxford University Press, 1998. Apud. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. In. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178. Apud. CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde pública e privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Crítica e Parâmetros. In. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. (org.) DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

\_\_\_\_\_. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicializações Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2008.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institution. Apud. BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

VERBICARO, Loiane Prado. apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista DIREITO GV. São Paulo: FGV, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 171. Apud. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In. NETO DE SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos Sociais: Fundamentos e Direitos Sociais em Espécie**. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.